ANTONII FABRI I.C. ... DE ERRORIBUS PRAGMATICORUM, ET INTERPRETUM IURIS. CHILIADIS...

Antoine Favre

Digitized by Google

O
II
12

Digitized by Google

Digitized by Google

BIBLIOTECA NAZIONALE VITT. EMANUELE
13
12 C
41 4

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

ANTONII FABRI I.C. SEBVSIANI,

SERENISS. SABAVDIÆ DVCIS CONSILIARII, SENATORIS Sabaudienſis & in Gebennenſis Ducatus auditorio Præſidis,

DE ERRORIBVS PRAGMATICORVM, ET INTERPRETVM IVRIS.

CHILIADIS PARS TERTIA.

IN DECADES XXV. VT PRIORES SINGVLÆ, *ſed breuioribus capitibus diſtincta.*

Opus varium, nec illis tantùm qui in foro, ſed iis etiam, qui in ſcholis verſantur, longè vtiliſſimum, ad vera, rectáque iuris principia capeſſenda, quorum ignoratione pragmatici, vulgaréſque interpretes paſſim cæcutiunt.



AVRELIAE ALLOBROGVM,
APVD SAMVELEM CRISPINVM.
M. DCIX.

VITTORIO EMANUELE BIBLIOTECA IN ROMA

Digitized by Google

CAROLO EMANVELI
SERENISSIMO ET INVICTISSIMO SABAVDIÆ DVCI, SVBALPINO-rum Principi, Antonius Faber F. P. P.

NON me puderet, Princeps Sereniſſ. iampridem Celſitudini tuæ datam velut ex recepto fidem implere tardiùs, ſi hoc ipſum quod nunc præſto & exhibeo poſſet ſufficere, vt iam ſaltem viderer impleuiſſe. Nam præterquàm quòd facerem imprudentiſſimè, ſi tuam expertus toties in eodem genere culpæ facilitatem, & indulgentiam, locum diffidentiæ aliquem poſthac relictum vellem: Habeo ſanè tam multas ceſſationis meæ, ſi cui fortè longior videbitur, excuſationes, (dicerem tam præclaras ſi non leuior apud me negligentiæ quàm ſuperbiæ nota videretur) vt mihi parum verendum ſit, ne iuſtus quiſquis erit ille, nec inuidus laborum meorum æſtimator, toto illo intermedio tempore quo ceſſaſſe credimur, diem vel vnum in ocio tranſegiſſe, aut ipſum etiam ſi quod fuit ocium aliter quàm in expediendis Iuriſprudentiæ negotiis conſumpſiſſe ſuſpicetur. Teſtis eſt nō ille ſolùm Codex meus, quē Auguſtiſſimo Nomini tuo feliciter inſcriptum, dicatúmq; miro ferè omnium applauſu, in doctiſſimi cuiuſque manibus & oculis nunc verſari audio, gaudeóque: Sed ipſa etiam tacente me Iuriſprudentia, quæ ſub Papinianeæ nomine ſu-

periori anno edita, ſiue Papinianea ſit, ſiue mea, Tam auidè à iuris noſtri ſtudioſis certè omnibus excepta eſt, vt plerique non modò ex tyronibus, ſed etiam ex eruditioribus quos tam multos hac ætas vbique terrarum tulit, magnum aliquid à nobis eo munere conſecuti eſſe ſibi videantur. Agnoſco tamen eſſe quod me ſi non pudere, ſaltem dolere oporteat, Tantam à meo calamo in minùs firma valetudine diligentiam adhiberi non potuiſſe, vt eodem tempore, & Chiliadem abſoluerem, & Iuriſprudentiam inchoarem: Feciſſémque fortaſſe, niſi quantùm ſubciſiui ocij ex publicis priuatíſque occupationibus quibus obruimur, ſuffurari licuit, tantundem nobis frequentes ſatis multorum conſultationes ex remotis etiam prouincijs ad nos concurrentium, & honorificæ quidem illæ, ſed tamen plerumque importunæ flagitationes, quibus etiam ſatisfaciendum fuit, præripuiſſent. Quod æquiore animo ferrem vtique, ſi non maiore ex parte reſponſa noſtra Gallico idiomate conſcribi neceſſe eſſet: Aut ſi tanto abundaremus ocio, quãto eſſet opus ad ea in Latinum transferẽda, vt non minùs publicè prodeſſe poſſent, quàm priuatim ijs, qui nos adire & conſulere dignati ſunt, hucuſque comperimus profuiſſe. Ita enim facere, & aſſequi poſſemus, vt Conſiliorum volumen integrum iuſtúmque breui edendum haberemus, quod vel aliorum operum iacturam compenſare in totum poſſet, vel eum certè quem ex iactura illa capio, dolorem minuere. Quàm verò ſæpe, Deus bone! mihi contigit, eorum ſortem & condicionem beatam primùm prædicare, mox inuidere, quibus datum eſt vt vel iuris publicè & ex cathedra docendi, vel in ampliſſima aliqua ciuitate de iure reſpondendi peritiam profiteantur. Quibus cùm alia multa præclarè, ac feliciter obueniunt, Tum verò illud vnum feliciſſimè, vt ego quidem exiſtimo, quod ijſdem ſudoribus & vigilijs aſſequuntur, non ſolùm vt quantumlibet vaſtam auidámque crumenam expleant, quod parum certè curandum eſſet ei quem ad hunc vſque diem fecerit

Nil, niſi ſpretus opum numeroſa in prole beatum.

Sed, quod vtrumque longè maius quiddam eſt, vt & publico muneri

ſatiſ-

ſatisfeciſſe,& hoc ipſo,quamquam aliud agentes,aut Lecturarum, vt loquuntur, aut Conſiliorum Tomos integros & quamplurimos dictaſſe inueniantur. At mihi,quamuis non prorſus infeliciter, in contrarium tamen ſic res ceſſit, vt quotidiana illa mea practicarum exercitationum impedimenta veriùs quàm ſtudia, non minùs aliena ſint ab ÿs quæ nos docenda ſcribendáque ſuſcepimus, imò forſitan alieniora quàm ſi ad artem medicam, vel ad Mathematicas tractandas pertinerent. Quò magis ſperare debeo fore non tantùm vt ſe mihi æquiores iudices præbeant ÿ omnes quibus hæc ſcripta noſtra & tardiora forſitan alioquin, & leuiora viderentur, ſed vt etiam Celſitudinis tuæ humanitatem tantò benigniorem & propenſiorem experiar. Cuius nimirum commodo aliqua ex parte cedit, ſi non mihi planè blandior, quicquid nobis propemodum inuitis ex inſatiabili & indefatigabili qua premimur ſcribendi auiditate ſubtrahitur, vt & expediendis litibus, & publicis negotÿs tractandis conficiendisq; impendatur. Non enim alius mihi aut ſuauior aut precioſior laborum meorum quicumque tandem illi ſint, fructus conſtare poſſit quàm ſi dabitur mihi ſic viuere vt liceat tandem gloriari in Domino, Nihil me intentatum reliquiſſe quod ad reipublicæ & literariæ & ciuilis amplificandæ commoda ſpectare potuerit, Nihil prætermiſiſſe quod ad exequenda potiſſimùm imperia tua, Princeps Sereniſſ. & ad tuas, tuorúmque ſubditorum vtilitates adiuuandas conferri abs me debuerit. Hinc nimirum tanta nunc mihi támque audax fiducia, vt nec pudeat iam, nec ferè doleat pro Chiliade, quam ſaltem pleno decennio abſolutam eſſe decuerat, tertiam duntaxat totius operis partem ad Celſitudinis tuæ pedes adferre, Prioribus quidem ſingulis breuiorem & anguſtiorem, vt eoru quibus cæterarum capita longiora videbantur impatientiæ potiùs quàm ignauiæ noſtræ blandiremur, ſed tamen, ſi quid video, & quæſtionum elegantia, & diſputandi ſubtilitate non inferiorem, Tantóque plauſibiliorem futuram quantò expectata diutiùs, ſpem præſefert certiorem fore quàm primùm, vt abſoluta tandem Chilias exhibea-

Digitized by Google

tur , ſi modò neque longiorem vitam denegabit mihi Deus Opt. Max. neque te Princeps Sereniſs. eo quo cœpiſti iampridem fauore con.tus noſtros in poſterũ proſequi pœnitebit. Quod vt facias peto, vt facturus ſis non dubito, vt denique facienti tibi , gratias pro me referat Iuriſprudentia vberiores quàm poſsim ego vel nudis verbis exequi , & ipſa etiamſi qua me in manibus habitura eſt poſteritas, inutilibus fortaſſe, ſed tamen honeſtis perpetuiſque votis, exopto.

Bene vale Princeps Sereniſs. & Reipub. Chriſtianæ
tuiſque omnibus quàm diutiſsimè felix viue:
Ex Necio Allobrogum 15.
Cal. Sextil. 1608.

* * *

INDEX CAPITVM SEV ERRORVM.

Prior numerus Errorem, poſterior verò paginam huius editionis demonſtrat.

DECADIS LI.

De actione quam vocant ex remedio l. diffamari 5. C. de ingen. manum. Error I. pag. 1.
De interpretatione verborum dict. l. diffamari. II. 5
De ſententia l. ſi ea 7. C. qui accuſ. non poſſ. & l. ob commiſſa 21. in fin. C. ad l. Iul. de adult. & rurſum de l. diffamari C. de ingen. manum. III.
De captatoria inſtitutione. IV. 10
De voluntatibus in alienum arbitrium collatis, in quo à captatoriis differant & in quo conueniant ad l. Clemens 81. & §. 1. D. de hered. inſtit. V. 13
De inſtitutione ſic facta, ſi Titius heredem me inſtituet, Titius mihi heres eſto: ad l. 1. in fin. D. de his quæ pro non ſcript. habent. VI. 14
De ſententia §. 1. l. ille autem & l. hoc articulo 29. de hered. inſtit. VII. 15
De formulis Exemplorũ poſitorũ in d. l. illa autem §. 1. l. Clemens 81. §. 1. l. hoc articulo 39. D. de hered. inſtit. VIII. 18
De Triboniani manu agnitis in d. l. hoc articulo. IX. 20
De ſententia l. ſi plures 6. C. de codic. inſer. X. 21

DECADIS LII.

De fideicommiſſis captatoriis. I. 23
De legatis captatoriis ad l. captatoria 64. de leg. I. II. 25
De formulis legatorum & fideicommiſſorum captatoriorum. III. 26
De teſtamento coniugum ſimul teſtantium. IV. 28
De teſtamento coniugum per ſuperſtitem poſt alterius mortem reuocato. V. 31
Si vnus ex coniugibus ſimul teſtatis mutauerit voluntatem altero adhuc viuo ſed ignorante. VI. 33
Si marito de vxoris bonis teſtanti vxor conſenſerit, aut contrà & ad l. vlt. C. de pact. VII. 35
De ſententia & ratione §. venditionis l. ſicut 8. D. quib. modis pign. vel hypoth. ſoluat. VIII. 39
De eo qui rem ſuam legari permiſit ac poſteà mutauit voluntatem. IX. 40
De teſtatore qui præſente ac conſentiente domino legauit rem alienam: vtrum & ad quid heres ipſius teneatur. X. 42

DECADIS LIII.

De fideicommiſſo relicto ei, quem ex pluribus diuerſorum graduum perſonis heres elegerit. I. 43

Digitized by Google

De ſententia & ratione l.heredes mei 57.§.vlt.D.ad SC.Trebell.II. 46

De ſenſu articuli diſiunctiui poſiti inter plures gradus fideicommiſſi ad l.cum pater 77.§.penult.de legat.2. III. 48

Quantum interſit an teſtator electionem in fideicommiſſo dederit, an præſcripſerit gradus fideicommiſſi, cum grauatus vult eligere remotiorem. IV. 50

Si ex pluribus qui eligi potuerunt, nemo electus ſit, An omnes fideicommiſſum petere poſſint, & quo iure. V. 52

De ſententia & ratione l.vnum ex familia 67.§.rogo de leg.2. VI. 54

De pluribus ob nullam electionem factam ad fideicommiſſum admittendis. An ſimul, an ex ordine. Et ad Nouell.1.§.exheredatos de hered. & falcid. VII. 56

De perſona præterita quæ habetur pro exheredata, an poſſit fideicommiſſum petere inter cæteros qui ſunt ex familia. VIII. 59

Si teſtator eum quem à bonis ſuis omnibus excluſerat, poſtea eligi permiſerit. IX. 61

De non admittendo ad fideicommiſſum inter cæteros proximiore qui etiam ante cæteros eligi potuiſſet diſtinctis à teſtatore gradibus fideicommiſſi. X. 65

DECADIS LIV.

De ſententia & lectione §.cùm quidam 24.& l.cùm pater 77.§.rogo 15.de legat.2. I. 70

Quid interſit an electio data ſit his verbis, quibus voles, an illis, his quos dignos putaueris. II. 74

De inſcitia Triboniani in d.l.cùm quidam & de Marcelli ſententia ibidem relata. III. 76

De emendatione d.l.cum quidam. IV. 81

De ſententia l.ſi quis Titio 17.§.1.de legat.2. V. 82

De Scæuolæ ad Marcellum nota in d.l.cùm quidam, 24.de legat.2. VI. 86

De fideicommiſſo familiæ relicto ad §.in fideicommiſſo l.omnia 32. aliàs l. cùm ita de leg.2. VII. 88

De nomine familiæ an per ſe inducat multiplicationem fideicommiſſorum. VIII. 90

De fideicommiſſo graduali & reciproco quod ex familia nomine interpretes inducunt. IX. 92

De ſententia l.vlt.C.de verborum ſign.& l.peto 69.§.fratre de legat.2. X. 94

DECADIS LV.

De repræſentationis iure in hereditatibus ab inteſtato, ſiue aſcẽdentium ſiue tranſuerſalium. I. 98

De differentia paterni aui & materni cùm de repræſentatione agitur ad §. cùm filius inſt.de hered.quæ ab inteſt.defert & ad l.3.C.vnd.legit. II. 100

De repræſentationis iure in fideicõmiſſis. Ad l.heredes mei 57.§.cùm ita.D.ad SC. Treb.& ad l.cùm pater 77.§.hereditatem filius de legat.2. III. 102

De repræſentatione in fideicommiſſo relicto pluribus ſub nomine collectiuo. IV. 105

De repræſentatione quæ habet adiunctam tranſmiſſionem. V. 108

De coniecturis quæ in fideicommiſſis ius repræſentationis impedire creduntur. VI. 110

Circa eaſdem coniecturas continuata tractatio. VII. 114

De proximitate gradus ſpectanda inter plures gradatim vocatos, ſiue ex teſtamento, ſiue ab inteſtato. VIII. 115

Si teſtator plures ſubſtituerit ſub nomine collectiuo ſalua gradus prærogatiua, aut ſi proximiores.

Digitized by Google

INDEX ERRORVM.

DECADIS LXII.

De ſententia & conciliatione l. credi or 12. §. Papinianus aliàs l. ſi prior. ff. qui potior in pign. hab. & l. 11. de diſtract pignor. I. 232
De creditore poſteriore qui pignus alij ante obligatum nullo iure vendidit. II. 235
De creditore anteriore pignus vendente pro debito poſteriore. III. 236
De ratione differentiæ inter ſpecies à Papiniano tractatas in d. §. Papinianus & in d. l... & ad l. fideiuſſor 32. ff. de negot. geſt. IV. 238
Quantum interſit an creditor ſuo iure an nullo vendiderit, & cur durior conditio ſit eius qui ſuo iure vendidit quàm eius qui nullo. V. 240
De actione quam dant interpretes ſecundo creditori contra primum in ſpecie d. l. creditor 12. §. Papinianus. aliàs l. ſi prior. ff. qui potior in pign. habeant. VI. 242
De condictione ex lege & actione in factum in ſpecie l. creditor 12. §. Papinianus. aliàs l. ſi prior. ff. qui potior. in pign. hab. & ad l. 1. ff. de condict. ex leg. VII. 244
De ſententia l. 2. ff. de pignor. & de pignoratitia etiam inter alios quàm inter debitorem & creditorem danda. VIII. 245
De cumulatione hypothecariæ actionis cum Saluiano, aut alio interdicto adipiſcendæ poſſeſſionis. IX. 247
Quantũ diſtet hypothecaria à Saluiano etiam in adipiſcenda poſſeſſione. X. 248

DECADIS LXIII.

De probatione dominij quæ requiritur in actione hypothecaria. I. 251
De faciendis debitori denunciationibus. Ad l. debitores 10. C. de pignor. & l. creditor 4. C. de diſtr. pignor. II. 253
De debitore conuento hypothecaria referente domini quæſtionẽ creditori. III. 255
Qualis dominij probatio neceſſaria ſit creditori agenti hypothecaria. IV. 257
Si debitor ſit dominus rei obligatæ iure Quiritium, nec tamen habeat eam in bonis. Et ad l. vnic. C. de nud. iur. Quirit. tollend. V. 258
De ſententia & ratione l. ſi ab eo 18. ff. de pignor. & l. ii em in bonis 51. ff. de adquir. rer. dom. VI. 259
De ratione & ſententia l. ſi inter 21. §. 1. ff. de pignor. VII. 262
De oppignoratione prædij vectigalis vel emphyteuticarij vel ſuperficiarij. VIII. 264
De differentia fundi vectigalis & ſuperficiarij, & actionis quæ de fundo vectigali & eius quæ de ſuperficie datur. IX. 266
Si à ſuperficiario qui ad modicum tempus conduxerat, pignus conſtitutum ſit, aut à vectigalis fundi poſſeſſore ad tempus rem habente. X. 269

DECADIS LXIV.

De publiciana quæ pro fundis vectigalibus & ſuperficiarijs competit. I. 271
De priuilegio fundorum vectigalium in cauſa vſucapionis. II. 274
De ratione quæ impedit vſucapionem fundi ſuperficiarij, et de publiciana quæ eius nomine datur. III. 275
De ſententia & emendatione l. 1. §. quia autem. ff. de ſuperfic. IV. 276
De quaſi vſufructu per ſuperficiarium conſtituto, & de traditione ab eo facta vel donatione, vel legato. V. 278
De ſeruitutibus à ſuperficiario conſtitutis, & ad §. vlt. d. l. 1. ff. de ſuperfic. VI. 279
De ſuperficiario alium faciente ſuperficiarium. VII. 281
Si ſuperficiarius qui ad longum tempus conduxit malit agere interdicto. VIII. 283
Vtrum ſuperficiarius agens probare debeat cauſam iuſtam ſuæ poſſeſſionis. IX. 284
De cauſæ cognitione aliter atque aliter adhibenda in actione & in interdicto De ſuperficiebus. X. 286

ã 2

INDEX ERRORVM.

DECADIS LXV.

De vſufructu conſtituto in fundo vectigali, vel ſuperficiario, vel fructuario. I. 287
De ſententia & emendatione l.1.D.quibus mod.vſusfr.amit. II. 289
De actione in rem quæ de fundo vectigali datur, quod non ſit prætoria. III. 292
De differentia vectigalis agri & emphyteuticarij. IV. 293
De ratione et neceſſitate interdicti De ſuperficiebus, & an accommodari poſſit emphyteutæ & feudatario. V. 296
De ſententia l.1.§.item videamus & l.3.§.ſed ſi ſuprà D.uti poſſid. VI. 297
De Accurſii & Bartoli traditionibus ad d.§.ſed ſi ſuprà, & ad d.l.1.§.quia autem D.de ſuperfic. VII. 298
De ſententia & ratione l.epiſtolam 75.§.mulier D.ad SC.Trebell. VIII. 299
De emendatione & ſententia l.ſi heres inſtitutus 70 ff.ad SC.Trebell. IX. 305
De ſententia l.pen.§.1.C.ad SC.Trebell.& l.1.§.de illo quæritur ff.eod. X. 309

DECADIS LXVI.

De legatariis teſtibus adhibitis in teſtamento nuncupatiuo. I. 315
De ſententia l.qui teſtamento 20.ff.qui teſta.facere poſſunt, & §.ſed neque inſtit.de teſtam.ordin. II. 319
De legatario qui hodie teſtis adhibitus ſit in teſtamento in ſcriptis. III. 321
De ſubſtituto vulgari adhibito teſte in teſtamento in ſcriptis, & de rationibus quæ adferuntur pro legatario vt teſtis eſſe poſſit. IV. 324
De ſententia l.ſi quis ita 14.ff.de reb.dub.& de differentia legatarij, ſubſtituti vulgaris & fideicommiſſarij vniuerſalis. V. 325
De teſtamentario executore adhibito teſte in teſtamento. VI. 327
De executore qui ſit etiam legatarius, aut qui executoris onus in eodem teſtamento agnouerit. Et cui ſimilior ſit executor ſimplex an tutori an legatario. VII. 330
De muliere executrice teſtamentaria. Ad l.a filio 23.de alim.leg.l pen.§.matri de alim.legat. VIII. 333
De ſimilitudine executorum teſtamentariorum cum tutoribus, & de Bartoli diſtinctione ad l.fœminæ, de reg.iuris. IX. 335
De muliere quæ facta executrix teſtamentaria conuolauit ad ſecunda vota. X. 337

DECADIS LXVII.

De teſtamento nuncupatiuo probato per ſolam notarij ſcripturam publicam. I. 339
De nuncupatione facta per notarium aut alium quàm teſtatorem. II. 343
De teſtamento in ſcriptis ſignato à teſtibus ante recognita ſigna defuncti. III. 345
Si aliquis ex ſignatoribus dubitet in ſigillo recognoſcendo, & de noſtrorum traditionibus ad l.1.& 2.C.teſtam.quemadm.aper. IV. 347
Si obſignatores ignorante vel iam mortuo teſtatore deceſſerint & ad l.vlt.C.de edict.Diui Hadr.tollend. V. 349
De teſtamẽto quod per duos teſtes probatur factũ fuiſſe corã ſeptem teſtibus. VI. 350
De ſententia l.vlt.C.de fideic.& §.vlt.inſt.de fideic.hered. VII. 353
De emendatione d.§.vlt.inſti.de fideic.here. VIII. 356
De differentia fideicommiſſi, & alterius cuiuſlibet vltimæ voluntatis. & ad l.ſi veritas 23.C.de fideic. IX. 358
Quid noui induxerit Iuſtinianus in l.vlt.C.de fideic. X. 360

DECADIS LXVIII.

De reuocatione teſtamenti in ſcriptis per poſterius nuncupatiuum. Ad l.nolumus 20.C.de teſtam. I. 362
De facienda mentione prioris teſtamenti quod reuocatur per poſterius minus ſolemne.

Digitized by Google

lemne. II. 366

De Pertinacis oratione de qua in §.pen. & vlt.inſt.quibus mod.teſt.infirm. Ad l. cùm heredes 7.C.qui teſtam.fac.poſſ.l.non dubium 16.C.de teſtam. III. 368

De emendatione §.vlt.inſt.quibus modis teſtam.infirm. IV. 372

Quid noui ad Pertinacis orationem additum ſit per l.nolumus 20.C.de teſtam. V. 374

Quantum interſit an teſtamentum nuncupatiuum in quo Princeps nominatus eſt faciat iniuriam heredi ſcripto in alio priore teſtamento. An ſucceſſori legitimo. VI. 376

Quid noui pro legitimis ſucceſſoribus conſtitutum ſit in d.l.nolumus. VII. 380

Cur de legitimis heredibus locuti ſint Impp.in d.l.nolumus. VIII. 382

De teſtamento nuncupatiuo per inſtrumentum probato in ſpecie d.l.nolumus. IX. 385

De poſteriore teſtamento nuncupatiuo prioris ſollenniter in ſcriptis conditi reuocatorio, in quo aliquid Principi vel potentiori legatum ſit, & quid ſi pia cauſa fuerit in eo conſtituta. X. 387

DECADIS LXIX.

De teſtamento facto ad interrogationem notarij, aut alterius. I. 390

Si notarius ad cuius interrogationem factum eſt teſtamentum rogatus ſit à teſtatore aut ſi teſtator ipſe teſtamentum dictauerit. II. 394

De teſtamento condito per relationem ad aliam ſcripturam. III. 396

De differentia teſtamenti in ſcriptis & nuncupatiui cum agitur de teſtamento facto per relationem ad aliud. IV. 398

De teſtatore qui certum teſtandi genus elegit, an ad illud ſe adſtrinxerit. V. 400

De teſtamentorum in ſcriptis & nuncupatiui incompatibilitate. VI. 402

De poteſtate clauſulæ codicillaris in fauorem legitimi heredis, & cur minus poſſit clauſula omni meliori modo, vt teſtamentum ex ſcripto fiat nuncupatiuum. VII. 404

De clauſula omni meliori modo, an ſuppleat omnes defectus ſollennitatis, & incapacitatem teſtantis. VIII. 406

De codicillis factis per nuncupationem. IX. 407

In quo potentior ſit clauſula Omni meliori modo, quàm codicillaris, aut in quo infirmior. X. 408

DECADIS LXX.

De negligentia heredis rogati reſtituere hereditatem. Ad l.mulier 22.§.ſed enim ff ad SC.Trebell. I. 411

De emendatione verſ.quod ſi ſine d.§.ſed enim, & de ſumptibus factis ab herede ad conſeruandas res hereditarias ad l.vbi purè 19.§.vlt.ad SC.Trebell. II. 413

De actione ſubſidiaria, quam dant interpretes contra debitores hereditarios liberatos tempore ex negligentia heredis ad l.ſi heres inſtitutus 70.§.vlt. eod.tit. ad Treb. III. 416

De ſententia & ratione l.vlt.in princ.ff de eo per quem fact.erit. IV. 419

De actione reſtitutoria quam dat Vlp.in d.l.vlt.de eo per quem fact.erit. Et ad l. arbitrio 18.§.dolo cuius ff.de dol. V. 423

De ſtipulatione interpoſita iudicio ſiſtendi cauſa: & cur non perpetuet actionē temporalem. VI. 427

De ſententia & ratione l.planè ſi filium 94.§.1.de leg.1.& de alienatione rerum fideicommiſſarum inſpecto iure vetere. VII. 433

Digitized by Google

De ſententia & lectione l.ſi alienus 62.de legat.2.l.vlt.in princ. de legat. 3. & l. 2.ff inſtit.act. VIII. 437
De differentia hereditatis ceſſa in iure, & eius, quæ reſtituta ſit ex Trebelliano. IX. 439
Si hereditas iam adita in iure ceſſa ſit, An & in quo differat ab hereditate ex SC. Trebell.reſtituta. Ad Vlpian.tit.19.& in l.1.ff.ad SC.Trebell. X. 443

DECADIS LXXI.

De clauſula codicillari appoſita in poſteriore teſtamento inutili. I. 451
De clauſula codicillari quam interpretes comminiſcuntur in ſpecie l. quærebatur 19.C.de teſtam.milit. II. 454
De ratione quam interpretes adferunt ad l.ſi quis priore 29.ff.ad SC.Trebell. III. 458
De pluribus teſtamentis à milite factis. Ad d.l.quærebatur & l.militis 36.§.1. eod. IV. 444
Si miles in vnoquoque teſtamento de bonis ſuis omnibus diſpoſuerit. V. 449
De ſententia & ratione l.militis 36.§.vlt.ff.de teſta.milit. VI. 450
De ſententia & emendatione l. centurio 27.ff.eod.tit.de teſtam.milit. VII. 453
De ratione dict l.centurio, & de Baldi ad eam interpretatione. VIII. 456
De iure adcreſcendi in hereditate ex teſtamento militis. IX. 458
De ſententia & emendatione l.1.C.de teſtam.milit. X. 463

DECADIS LXXII.

De ſententia & lectione l.filius 42.§.1.ff de bon.libert. I. 470
De legitima hereditate militis liberti pro qua parte deceſſit inteſtatus, & an competat bonorum poſſeſſio vnde legitimi. II. 472
Quo iure ſuccedatur ingenuo militi pro qua parte deceſſit inteſtatus. III. 475
De Papiniani ſententia in verſic.Titius igitur d.§.1.l.filius 42.de bon.libert. IV. 477
De ſententia variiſque interpretationibus l.2.C.de teſtam.milit. V. 481
Quantum interſit an ex fundo, aut per quotam, facta ſit inſtitutio à milite, an à pagano. Ad l.3.C.eod.de teſt.milit. VI. 487
De reciproca ſubſtitutione per militem facta, ad l.in teſtamento 6.C.eod. tit. de teſtam.milit. VII. 492
De teſtamentaria ſucceſſione militis condemnati ex vetere & nouo iure. VIII. 497
De militis condemnati & inteſtati legitima ſucceſſione: ac primùm in bonis caſtrenſibus. IX. 501
De legitima ſucceſſione militis condemnati in bonis paganicis: & de emendatione l.& militibus 13.C.de teſtam.milit. X. 504

DECADIS LXXIII.

De ſententia Auth.ſed hodie.C.de donation.int.vir.& vxor. I. 508
De rationibus, quas noſtri adferunt vt capite damnatis denegent factionem teſtamenti. II. 510
Cur damnati vltimo ſupplicio non habeãt heredem ex teſtamento adeóque nec ab inteſtato. III. 513
De ſententia auth.bona damnatorum C.de bon.proſcript. IV. 516
De tranſuerſalium iure in bonis damnatorum. V. 518
De lectione & ſententia Nouell.17.de mandat.Princip.cap.12.§.oportet autem, & de differentia deſcendentium, aſcendentium, & tranſuerſalium in Auth.bona damnatorum C.de bon.proſcript. VI. 521

De con-

Digitized by Google

proximiores. IX. 117
Si teſtator ſubſtituerit proximiores ad quos de iure debet hereditas peruenire. Aut ſi addiderit vt in ſtirpes non in capita ſuccedatur. X. 119

DECADIS LVI.

De mittendo victore in poſſeſsionem bonorum condemnati in executionem rei iudicatæ. I. 123
De ſententia l. 1. *& 3.C. ſi in cauſ. iudic. pign. cap. ſit l. ordo 3.C. de exec. rei iudic.* II. 125
De pignorum addictione, & adiudicatione, ex iuris veteris ratione. III. 127
De duplici pignorum addictione. IV. 129
De differentia addictionis pignorum & dationis in ſolutum. V. 131
De poteſtate addictionis pignorum ex iure nouo. VI. 132
De impetratione iuris dominij. VII. 135
De differentia pignoris iudicialis & prætorij, maximè circa addictionem. Ad l. ſi & iure 10. *ff. qui potior in pignor. hab.* VIII. 137
De prætorio pignore conſtituto in executione iudicati. IX. 139
De differentia pignoris prætorij & iudicialis ad l. 2. *C. de prætor. pignor.* X. 141

DECADIS LVII.

De poſſeſsione bonorum omnium debitoris acquiſita per clauſulam conſtituti. I. 144
De clauſula conſtituti poſita in ſpeciali conuentione pignoris poſtmodum à debitore alienati. II. 146
De iure offerendi aduerſus creditorem agentem condictione ex l. vlt. C. de acquir. poſſ. III. 147
De exceptione non factæ excuſsionis, oppoſita creditori condicenti poſſeſsionem ex l. vlt. C. de acquir. poſſ. IV. 149
De admittenda exceptione non factæ excuſsionis non tantùm contra agentem ex l. vlt. C. de acq. poſſ. ſed etiam contra Saluianum interdictum. V. 151
De condictione pignoris ex l. vlt. C. de acquir. poſſ. poſt. extinctam longi temporis præſcriptionem hypothecariam. VI. 153
De non ſeparanda poſſeſsione rei pignoratæ à iure pignoris poſt præſcriptam hypothecariam. VII. 156
De pacto executiuo iuncto cum clauſula conſtituti. VIII. 157
De poteſtate pacti perſonalis in rei propriæ venditione adhibiti, etiam contra tertium poſſeſſorem. IX. 160
De poteſtate pacti executiui, ſiue contra ipſum debitorem agatur, ſiue contra tertium poſſeſſorem. X. 163

DECADIS LVIII.

De Saluiano interdicto contra extraneum poſſeſſorem, & quod vi aut clam. I. 164
De interdicto, Quod vi aut clam contra tertium dando, & de formula interdicti Saluiani. II. 166
De interdicto De migrando, & quid probandum habeat, qui aut illo interdicto, aut Saluiano experitur. III. 169
De poſſeſsione debitoris quam interpretes probari volunt in Saluiano interdicto. IV. 171
De differentia interdictorum adipiſcendæ poſſeſsionis & petitorij etiam quo ad poſſeſsionem. V. 172
De ſententia & lectione l. 1. §. 1. *D. de Saluian. interd.* VI. 173
De ſententia & ratione l. ſi debitor 10. *ff. de pignor.* VII. 174

Digitized by Google

De emendanda Iuliani ſententia in d.l.1.§.1. VIII. 173
De differentia Seruianæ actionis & Saluiani interdicti, itémque directæ vindicationis, ſi plures de eâdem re in ſolidum agere velint. IX. 175
De ratione cur directa vindicatio à pluribus in ſolidum propoſita propius accedat ad Saluianum, quàm ad Seruianam. X. 176

DECADIS LIX.

De Saluiano inter locatores ipſos reddendo. I. 178
De Seruiana inter plures locatores danda. II. 181
De varijs interpretationibus l.vlt.D.de Saluian.interd. III. 182
De pluribus locatoribus habentibus obligatas res coloni pro partibus, ſed ab altero tantùm poſſeſſas. IIII. 185
Cur non competat, directa Seruiana cùm conuenit vt res coloni pluribus obligatæ ſint pro partibus. V. 186
De vera ſententia d.l vlt.& l.1.§.vlt. de Saluian.interd. VI. 187
De poſtrema parte §.vlt. l.1 ff.de Saluian.interd. VII. 189
De vtili Saluiano in ſpecie l.1.in princ ff.de Saluian.interd. VIII. 190
De ſententia & ratione d.l.1.in princ ff de Saluian.interd. IX. 191
Cur de partu pignoris obligato apud emptorem concepto & ad venditorem reuerſo non detur directum Saluianum contra emptorem. X. 193

DECADIS LX.

De partu ex ancilla pignorata & vendita, edito apud emptorem. I. 195
Si partus apud emptorem editus redhibitus ſit cum matre pignorata. II. 197
De differentia retronendi ionis & redhibitionis quod ad partum ex ancilla pignorata editum. III. 198
De ſententia & emẽdatione l.ſi cõuenerit 18.§.ſi fundus ff.de pignor.act. IV. 199
De Saluiano vtili etiã alij quàm locatori dãdo. Ad.l.1.C.de Saluian.interd. V. 201
De interdicto quaſi Saluiano. VI. 204
De Saluiano dando in res coloni nulla conuentione expreſſa obligatas. VII. 204
De ſententia l.certi 5.C.de locat.l.potior.11.§.ſi colonus ff.qui potior.in pignor.hab. VIII. 206
De ratione differentiæ inter vrbana prædia & ruſtica in iure tacitæ hypoth. IX. 209
De ſententia l.vlt.C.in quibus cauſis pign.vel hypoth tacit.contr. X. 211

DECADIS LXI.

De Saluiano vtili dando pro rebus inquilini illatis in prædium vrbanum. I. 213
Cur Saluianum directum non detur locatori pro rebus inquilin. illatis & expreſſim obligatis. II. 216
De interdicto vtili De migrando quod dant interpretes etiam colono. III. 217
De vtili Seruiana cõtra inquilinũ, aut cõtra extraneũ de rebus inquilini. IV. 219
De Saluiano pro fructibus perceptis ex prædio ruſtico. Et ad l.ſi ſeruus 61.§. locani.ff.de furt.& ad.l.penult.ff.in quibus cauſ.pign. V. 220
De ſententia l.pen ff.in quib cauſ.pign.tac contr. VI. 222
Cur facilius fiat furtum a colono in fructibus prædij ruſtici quàm ab inquilino in rebus illatis. VII. 223
De fructibus prædij ruſtici tantùm obligatis, & an pro ijs dandum ſit Saluianum aut Seruiana locatori. VIII. 225
De re empta ex precio fructuum in prædio ruſtico perceptorum. IX. 226
De actione in ſubſidium quam dant interpretes in ſpecie l.1.in fin.ff. de diſtract. pignor. X. 230

DECADIS

Digitized by Google

INDEX ERRORVM.

De condemnatis ad mortem ex ſtatuto quo nihil cautum ſit de confiſcatione bonorum. VII. 523
De ſtatutis habendis pro legibus priuatorum iudiciorum, & in quo diſtinguenda ſint hac parte iudicia publica à priuatis, & extraordinariis. VIII. 526
De ſtatuto expreßim confiſcante bona condemnati. Et de ſtatutorum interpretatione ac poteſtate. IX. 528
De portione quam in bonis condemnati leges veteres liberis reſeruabant. X. 531

DECADIS LXXIV.

De ſententia l. cum ratio 7. §. ſi plures ff. de bon. damnat. & l. quando quis 10. C. de bon. proſcript. I. 535
De priuilegio maſculorum inter liberos Decurionis condemnati. Ad poſteriorē partem d. l. quando quis 10. Et ad l. ſi deportatus 8. C. de bon proſcript. II. 537
De caſibus in quibus vniuerſa bona condemnati relinquuntur liberis ad d. §. ſi plures l. cum ratio 7. ff. de bon. damnat. III. 540
De corrupta lectione & emendatione d. §. ſi plures. IV. 543
De portione legitimaria quam interpretes dant liberis eius cuius bona per ſtatutū ſimpliciter confiſcata ſunt, & an ſit debita iure naturæ? V. 545
De differentia portionis quæ debetur liberis, & eius quæ debetur patrono in bonis liberti condemnati. Et de priuilegio ſuorum heredum hac in re. VI. 548
De legitima ſublata per ſtatutum ex quo irrogata ſit patri ſimpliciter confiſcatio bonorum. VII. 550
De fideicommiſſo quod adſcriptum eſt ſeruo deportati ad l. ſi deportati 7. in princip. de legat. 3. VIII. 554
De ſententia & vera ratione d. l. ſi deportati 7. de legat. 3. IX. 559
De militaribus codicillis Ad l. militis 36. in princip. ff. de teſtam. milit. X. 563

DECADIS LXXV.

De conſtituto poſſeſſorio rei abſentis. I. 576
De amiſsione poſſeſſionis & eius adprehenſione ſine tactu. II. 576
De ſententia & ratione l. hac ſi res præſens 47. & l. ſi præced. ff. de rei vindicat. III. 578
De Accurſii & Cuiacij interpretationibus ad d. l. hac ſi res. IV. 580
De caſibus in quibus ſine traditione naturali etiam abſentis res proprietas & poſſeſſio acquiritur. V. 581
De diſtinctione quæ adhibenda eſt, cùm quæritur, an præſentia rei neceſſaria ſit ad transferendam poſſeſſionem? VI. 584
De eo qui cœpit animo poſſidere. Ad l. certi condictio 9. §. vlt. ff. de reb. credit. & ad l. interdum 21. l. quarundam 51. ff. de acquir. poſſ. VII. 586
De ſententia l. interdum 21. & l. quarundam 51. ff. de acquir. poſſeſſ. VIII. 589
De præſentia rei pro traditione, ad l. 1. §. ſi iuſſerim & l. quod meo 18. §. ſi venditorem ff. de acq. poßeß. IX. 581
De ſententia l. quædam mulier 77. ff. de rei vindic. Et de differentia venditionis & donationis. Ad l. abſenti 10. l. ex hac ſcriptura 16. ff. de donat. X. 593

Finis tabulæ.

Digitized by Google

Digitized by Google

ANTONII FABRI I.C. SEBVSIANI SENATORIS SABAVDIENSIS, ET IN GEBENNENSIS DVCATVS AVDITORIO PRAESIDIS

CHILIADIS DE ERROR. PRAGMAT. ET INTERPR. IVR. PARS TERTIA.

DECAS LI.

ERROR PRIMVS.

De actione quam vocant ex remedio l.diffamari 5. C.de ingen.manum.

VT frequentiſſima in foro, ita pragmaticis omnibus etiam imperitioribus notiſſima eſt actio, quam non tamen pragmaticorum, ſed interpretum error inuexit, Ex remedio, vt vocant, *legis Diffamari*, quæ eſt *l. 5. C.de ingen.manum.* Aduerſus eos demum comparata, qui alium quouis modo infamant, ſiue ciuiliter, iactando ſe aliquam habere actionem, vel de ſtatu vel de bonis, vel perſonalem vel hypothecariam, ſiue criminaliter minitando accuſationem, in qua tamen inſtituenda cunctentur. Sic enim Accurſ. *ad d.l.diffamari*, vbi etiam Bald. *& in l.vnic. C. vt nem.inuit. ager.vel accuſ.cogat.* Bart. *ad l. Titia D. de accuſat.* & alij paſſim quos refert & ſequitur Boer. *quæſt.*255.*num.* 7. *& ſeqq.* Ac quamquam non eſt qui neget huic actionis generi repugnare iuris rationem, quæ non patitur vt quis inuitus agere vel accuſare cogatur *d.l.vnic.& l.vlt.C.de vſur.pupill.l.creditor* 20.*C.de pignor.* facit tamen ea ratio vt actionem hanc mirabilem eſſe fateâtur, potiùs quàm vt velint admittere nullam eſſe, Non ſolùm quia opinionẽ hãc ex aliquot iuris noſtri locis probari crediderunt, ſed etiam quòd videatur hæc actio magnæ eſſe vtilitatis ad lites pleráſque finiendas priùs etiam, quàm fuerint inſtitutæ. Hu-

Digitized by Google

ib[illegible] enim effectus ille eſt, vt iactatori agere [illegible]lenti non tantùm iactandi licẽtia in poſterum auferatur, verùm etiam ſilentium perpetuum imponatur, ne vnquam poſſit eam actionem inſtituere, quam vltrò conuentus & interpellatus per iudicem vt inſtitueret recuſauit, nec ſi contumaciæ ſuæ expenſas refundere paratus ſit, niſi ea expenſarum refuſio fiat vel offeratur ante ſententiam diffinitiuam. Nam nec dubitant quin ſententia huiuſmodi diffinitiua ſit, non minùs quàm ſi actor poſt actionem ſponte dictatam ideò ſummotus eſſet, quòd ſuam inte[illegible]em plene non probaſſet *l. qui accuſare 4. C. de edend. l. vltim. C. de rei vindicat.* Diffinitiua enim eſt omnis ſententia poſtquam alia nulla ſperatur, & quæ propoſitum negotium diffinit, licèt neque abſolutionem contineat, neque condemnationem: ita vt ab ea neceſſe ſit appellari ſi velit actor admitti ad agendum, Vnde illud etiam eſt quod omnes conſentiunt non ſufficere vnicam citationem & contumaciam vt ad hanc ſententiam perueniatur, ſed ad minus duas requiri, vel tres. Nonnulli etiam quatuor vt Boer. *dict. quæſt. 255. num.* 12. ex ritu Gallico, ſicut & quoties diffinitiua ſententia ferenda eſt aduerſus contumacem. Hoc etiam obſeruato, quod nominatim docet Bald. *ad l. ſed [illegible] 26. §. ait prætor D. ex quib. cauſ. maior. ex d. l. Titia*, vt caueat iudex ne breuiorem diem ad agendum præſtituat, aut ne citra cauſæ cognitionem, Alioqui ab eo decreto poterit appellari, inquit Bart. *ad d. l. Titia ante fin.* Neque verò in hoc noſtri conquieſcunt, ſed vt ſolent audaciores eſſe in ijs quę ex æquitate aliqua etiam contra iuris rationẽ vel conſtituta vel conſtituenda putant, per interpretationem producendis, & amplian dis, non deſunt qui putent adiuuandum eſſe hoc remedium, illa vt loquuntur cautela, vt quoniam cauſæ cognitio quam præcedere neceſſe eſt in eo verſatur an iactatio & diffamatio aliqua præceſſerit, quam probari plerunque difficilè eſt, curet is qui ſibi ſuiſque futuram litem, & cõtrouerſiam timet vt per interpoſitas perſonas faciat ſe diffamari. Sic enim aſſequetur vt ex eiuſmodi diffamatione poſſit fundari iudicium, ſubindéque poterit facere citari cæteros de quibus ſuſpicatur, prætendentes ius in bonis ſuis. Verba ſunt Boerij *dict. quæſt. 255. num. 6. poſt Cepoll. cautel.* 239. incip. *Si poſſideo* ex Bal. *in Auth. ſed & etſi quis ab aliquo col. 2. verſic. ſed hic dubitatur de tali quæſtione C. de teſtib.* & ibid. Salicet. *in 2. quæſt. ex Auth. ſi omnes C. ſi minor ſe ab hered. abſtin.* Textus autem quibus noſtri mouentur in hanc ſententiam, hi tantùm ſunt, *dict. l. diffamari*, in qua hoc ipſum disertè ſcriptum creditur, *l. ſi ea 7. C. qui accuſ. non poſſ. l. 3. §. ſi ad diem de re milit. l. ob commiſſa 21. in fin. C. ad leg. Iul. de adult.* Ne tamen quod legibus cautum eſſe putant, ratione prorſus carere fateantur, Addunt rationis loco, Eum qui alium infamat ſiue ciuiliter ſiue criminaliter, hoc ipſo prouocare aduerſarium, vt proinde nec mirum ſit cauſam introduci à reo priùs quàm ab actore, contra regulam iuris aliam de qua in *l. purè 5. §. vlt. D. de doli mal. except.* cùm reus diffamatus prior ad cauſam prouocatus intelligatur: quomodo ratiocinatur Bald. ad *d. l. diffamari nu. 9. in fin.* Ita eludens quod iam diximus & obiecimus, Inuitum neminem cogendum eſſe vt agat vel accuſet. Id enim ita verum eſt, inquit ille, Niſi ſe quis ad agendum adſtrinxerit, vel expreſsè vel tacitè: Qui autem diffamat, adſtringit ſe tacitè ad agendum, tanquam qui hoc ipſo aduerſarium prouocet ad iudicium. Atque hæc quidem ſumma eſt eorum ferè omnium quæ de hoc genere actionis ab interpretibus noſtris traduntur. Quæ tamen quàm ſint leuia, & à ratione iuris aliena facilè eſt videre ſiue rationibus pugnare quis velit, ſiue legibus. Extat enim

genera-

Digitized by Google

generalis illa & haud dubiè perpetua iuris regula, quæ negat inuitum quemquam compelli poſſe vel debere ad agendum,aut ad accuſandum *d.l.vnic.& tot.tit.C.vt inuit.nem. ager.vel accuſ. cogat.* Cùm ſicut obligationes omnes ad hoc comparatæ ſunt vt ſibi vniuſquiſque acquirat id quod ſua intereſt.*l.ſtipulatio iſta* 38.*§.alteri de verb.oblig.*ita & actiones vt quis ius ſuum perſequatur ſi aliquod ſibi competere putet, Non autem vt perſequi cogatur, etiamſi per imprudentiam aut vecordiam iactauerit aliquando, ac minitatus ſit ſe acturum. Quid enim ſi tùm fortè nondum paratas habeat iuris ſui probationes? Quid ſi ſuſpectum habeat iudicem ex cauſis tam occultis, vel dubiis vt eas aut allegare nolit,aut probare non poſſit? Quid ſi ſuſpecta etiam ſint tempora,propter quæ prudens actor inſtituendæ actionis conſilium in aliud tempus differre velit? An non ſit iniquum & inhumanum trahi lubricum linguæ ad pœnam,vt qui ſe acturum iactauit,ob hoc ſolum cogatur ad nutum & voluntatem aduerſarij actionis ſuæ iacturã pati vel incõmoda?Nec enim qui ſe aliquando acturum minatus eſt,dixit ſe paratum ſtatim agere, vt protinus quaſi ex compacto debeat cogi ad agendum, Niſi proponas ita factam probatámque iactationem quaſi ex inſtrumentis quæ in manu habebat iamiam acturum ſe minatus fuerit: Alioqui non video cur durior huius iactatoris con dicio eſſe debeat,quàm ſi expreſſa conuentione ſe ad agendum obſtrinxiſſet: quo tamen caſu ſatisfacere vtique conuentioni videretur agendo quandocunque, nec idcirco vel ſtatim vel intra menſem proximum agere cogeretur, præſertim ſi negaret habere ſe paratas iuris ſui probationes. Nam qua fronte poſſet iudex actorem hunc ſubmouere, adeóque in expenſas litis tanquam temerarium litigatorem condemnare, quem inuitum & reluctantem agere coegiſſet?Aut cur ei imputare,quòd intentionem ſuam plenè non probaſſet,quam prædixerat ille probare ſe nondum poſſe, ne tam citò agere cogeretur?Ex quo apparet non modò ſummi ſtrictíque iuris,ſed etiam æquitatis rationem maximam facere pro iactatore ne inuitus agere vel accuſare cõpellatur:Et conſequenter non eſſe hanc ſpeciem ex earum numero in quibus à ratione iuris recedi oporteat prætextu æquitatis. Neque rurſus dici poteſt odio litium fauorabilem hanc interpretum ſententiam videri, Per quam ſcilicet fit è contrario vt multiplicentur lites & prouocentur, coacto agere illo, qui ſi liberum agendi arbitrium haberet neque nunc ageret, neque vnquam fortaſſe acturus eſſet.Quòd ſi certiſſimum eſſet acturum eum tandem aliquãdo,quæ tamen amentia iſta eſt, vt cogatur nunc agere ne agat poſteà, & vt reum liberes à metũ quo torquetur ne aliquando conueniatur, actorem adigere in diſcrimen actionis perperam inſtituendæ,aut ſi litigare nolit, citra litem amittendæ?An non poſſent multa interuenire quæ facerent vt vel à metu litis per tranſactionem recederetur, dum ſuo quiſque iuri diffideret, vel inanem fuiſſe metum illum, vanáſque futuræ litis iactationes tandem ex euẽtu appareret? Lites igitur prouocare iſtud eſt, non execrari nec diminuere, ſed augere.Neque quod Baldus ſcribit *dict.num.*9.cauſatiua ſuadente æquitate,neceſſitatíve cogi quem agere non præciſe, quomodo ad hanc ſpeciem aptari poſſit,intelligo.Si quis enim ęquũ putet proſpici ei qui per iactationes prouocatur,ne continuo perpetuóque comminatæ litis metu vrgeatur, præter id quod talis non eſt hic metus cuius rationem aliquam haberi oporteat, cùm non cadat in conſtantem virum,Præſertim cùm ex mora propoſitæ tardiùs actionis frequentiùs accidere ſoleat vt actoris quàm vt rei ius deterius

Digitized by Google

ſiat, Quidni etiam putamus æquum eſſe proſpici actori, ne metuendam habeat iacturam bonæ actionis ob nondum ſatis bene inſtructas probationes? An quod iactauit ſe aliquando acturum iuſta cauſa eſſe poteſt propter quam à iure ſuo cadere debeat? qui nec ſi nudo pacto ad certam diem agere promiſiſſet, ob id tamen ad agendum cogi poſſet, cùm ex pacto nudo non detur actio? At neque ſi per ſtipulationem ea promiſſio facta eſſet, ſed tantùm condemnari ad id quod ſtipulatoris intereſſet, vt euenire ſolet in cæteris omnibus faciendi obligationibus *l. ſi quis ab alio 13. in fin. D. de re iudic. l. ſtipulationes non diuiduntur* 72. *l. quoties quis alium* 81. *De verb. oblig.* Quid porrò intereſſe poteſt eius qui vult conueniri quòd tardiùs conueniatur? An non intereſt potiùs vt vel nunquam vel non niſi tardiſſimè contra eum agatur? Dices, imò poſſe intereſſe, ſi fortè tum paratas habeat defenſiones ex præſentibus inſtrumentis, quorum amiſſionem timere poſſit, ex eáque amiſſione inſtrumentorum, iacturam totius ſui iuris incurrere, vt in *l. 3. §. dua autem D. de Carbon. edict. l. illud* 40. *D. ad leg. Aquil.* Aut ſi fortè ſit ille de iure ſuo quod plerumque fit, inſtructior, quàm futuri ſint liberi aut alij heredes quos impuberes aut ſaltem minùs cautos ſit relicturus. Non nego, ſed hoc contendo, Abſurdum eſſe vt agendi neceſſitas cuiquam irrogetur ob vtilitatem illius qui conueniendus eſt, cùm actiones actorum ſint non reorum & in bonis eius qui agit non eius qui conuenitur: Longéque maiorem æquitatem facere pro actore ne cogendus ſit agere ſi dicat ſua intereſſe vt non priùs cogatur, quàm inſtruxerit cauſam adeò certis probationibus, vt ſibi de victoria diffidere non poſſit. Etſi enim non negant interpretes condemnato ei ſupereſſe auxilium appellationis, admittentes in hoc meliorem eſſe condicionem eius qui contumax ſit in non agendo quàm eius qui in non veniendo vt Baldus diſputat ad *d. l. diffamari num.* 7. quid tamen ea prodeſſe poteſt appellatio, in qua perinde neceſſe ſit appellantem ſuccumbere ob deficientes non minùs in ſecunda quàm in prima inſtantia probationes? Neque in hoc, vt puto, quiſquam à nobis diſſentiret, niſi omnes feſelliſſet Imperatorum conſtitutio quæ extat in *d. l. diffamari*, qua hoc ipſum inductum eſſe crediderunt: Cùm tamen ſi quis verba conſtitutionis ſenſúmque perpendat diligentiùs, nihil minùsquàm de hoc nouo iure conſtituendo cogitaſſe Imperatores videantur. Primùm enim nullum in tota lege verbum eſt, quod præſeferat noui alicuius iuris conſtitutionem. Quinimò ſic loquuntur Imperatores vt Præſidis factum laudent, qui iam ſententiam tulerat, non vt ei formam nouam præſcribant ex qua pronunciare deberet: quod tamen faciendum erat, ſi eam & agendi & pronunciandi rationem introducebant quæ in id vſque tempus inſolita, & toti antiquæ iuriſprudentiæ incognita fuiſſet. Deinde obſeruandum eſt in ea lege agi de ingenuitate, cuius propria quædam & ſpecialis ratio facere videbatur, vt maiore odio dignus eſſet, qui hominis ingenui ſtatum diffamabat, cùm diffamari ſtatum ingenuorum ſit periniquum ſiue errore ſiue malignitate quorundam id fiat, vt lex ait. Nam & ad publicam vtilitatem id maximè pertinet, vt perſonarum ſtatus certus ſit, nec temerè ac ſine cauſa per eiuſmodi diffamationes dubius & incertus fiat. Vt proinde quod in ea ſpecie reſcriptum eſt ab Imperatoribus non facilè trahendum ſit ad alias ſpecies, in quibus ſola eius qui diffamatur non etiã publica vtilitas offendatur. Nemo enim neſcit quàm multa paſſim iure ciuili conſtituta ſint pro vtilitate publica, quorum ſimiliter conſtituendorum ratio nulla eſſet pro priuatis commodis litigatorum. Nec

rurſus

Digitized by Google

rurſus facilè patior vt quod de diffamatione lex ait ad iactationem quamlibet protrahatur, cùm ſit longè odioſior diffamatio, quàm nuda iactatio. Præſertim cùm ea lex non diſtinguat an malignitate an errore potiùs ea diffamatio facta fuerit: inde namque apparet non eſſe veriſimile cogitatum fuiſſe ab Imperatoribus de tanta pœna errori iactatoris irroganda, vt propterea vel intempeſtiuè agere inuitus, vel ſi intra tempus præſtitutum, non ageret, cauſa cadere cogeretur. Eſſet enim id ſanè perquàm crudele ac inhumanum, ſolétque mitius agi cum errantibus, hactenus ſaltem, non vt eo prætextu alius lædatur, ſed ne is qui errauit tam grauiter puniatur *l.vltim. D.de rit.nupt.l.regula 9.§.penult.D.de iur.& fact.ignor.* Denique quod præcipuè obſeruari volumus, non ſic loquuntur Imperatores, vt dicant diffamatorem vel egiſſe, vel agere iuſſum fuiſſe ob eiuſmodi diffamationem ſiue per interlocutoriam, ſiue per diffinitiuam ſententiam, ſed è contrario ponunt egiſſe vltrò ingenuum cuius ſtatus diffamabatur, Egiſſe, inquam, ſolito more cognitionum de ingenuitate, actione quæ in eam rem comparata eſt, ex edicto & iuriſdictione prætoris, & quæ præiudicialis appellatur, per quam ſcilicet contenditur an ingenuus quis ſit an libertinus, & ſuper qua pronunciandum alterutrum eſt, aut ingenuum eum eſſe, aut libertinum. *§. præiudiciales Inſtit.de action.* De quo actionis genere videnda ſunt quæ fusè ſcripſimus *libr.* 19.*Coniect cap.vlt.* vbi oſtendimus proprium eſſe huiuſmodi actionum vt non quemadmodum cæteræ actiones ſolito iudiciorum ordine per formulam & apud iudicem datum expediantur, ſed extraordinaria cognitione, & per prætorem ipſum in vrbe, aut per Præſidem in prouincijs, qui tanquam maiores iudices ſoli de libertate ac libertinitate cognoſcere, & pronunciare potuerũt. *l.non diſtinguemus 32.§.de liberali D.de recept.qui arbitr. receper. l.2.in fin. C. de pedan.iudic.* Vnde eſt quod huiuſmodi actiones proprio nomine præiudicia appellantur, & meliùs quàm actiones, cùm non ſint actiones niſi ſumpto generaliter eo vocabulo vt interdicta quoque comprehendat *l. actionis 37. De oblig.& action.*

ERROR SECVNDVS.

De interpretatione verborum dict.l.diffamari.

ATQVE hoc actionis genere actum fuiſſe in ſpecie *d.l.diffamari*, non ſolùm ratio iuris docet quæ nullum aliud remedium præbet ingenuo, cuius ſtatus diffamatur, ſed ipſa etiam legis verba *cùm adfirmes diu Præſidem vnum atque alterum interpellatum à te vocitaſſe diuerſam partem.* Nam in iſtis actionibus præiudicialibus non petitur actio, aut, quod idem eſt, formula à magiſtratu, nec citatur aduerſarius vt veniat ad iudicem, qui nullus datur, ſed tantùm interpellatur magiſtratus cuius ea cognitio eſt vt cognoſcat ipſe ac pronunciet, in eámque rem aduerſarium ad ſe euocet vt contradicat ſi quam habeat iuſtam contradicendi cauſam. Ac quãquam tutius & conſultius eſt homini ingenuo cuius ſtatus diffamatur quaſi libertinus ſit, ſi modò in poſſeſſione ingenuitatis conſtitutus ſit, vt expectet quouſque ipſe conueniatur, Ne alioqui petitoris partes vltrò ſuſcipiat, ſéque oneret probatione, ſi tamen ſuis confidat probationibus nihil cauſæ eſt cur non poſſit & debeat prior ipſe aduerſarium pro-

Digitized by Google

uocare, & præiudicio experiri vt eleganter & apposítè ad rem noſtram ſcriptum eſt in *l.circa* 14. *D.de probat.* Cùm ergo ei cui non niſi per diffamationem ſtatus controuerſia ſit, competat iure communi actio iſta præiudicialis per quam poſſit ipſe ſibi proſpicere, & à magiſtratu obtinere vt etiam contradicente ac inuito aduerſario pronuncietur ingenuus, quis ferat violari hoc caſu regulã iuris data ei noua iſta, planéque commentitia actione, per quam non agat ipſe cùm tamẽ poſſit ſi velit, quod interpretes noſtri nõ obſeruãt, ſed cogat aduerſarium agere quantumuis inuitum & reluctantem? Sed & quæ ſequuntur *in d.l.diffamari*, hanc noſtram ſententiam & interpretationem tam apertè probant, vt nihil dici poſſit apertius. Sic.n.habent *vt contradictionem faceret.* Scribendum verò erat *vt ageret* ſi Imperatorum ſenſus idem fuiſſet qui interpretum noſtrorum vt non ad aliud daretur actio ingenuo, quàm vt aduerſarium cogeret ad agendum. Nec enim is qui agit contradicere videri poteſt, ſed qui actionem excipit, ſéque reum conſtituit: Niſi cùm aduerſus exceptionem à reo oppoſitam replicatione actor vtitur. Nam replicatio ſicuti exceptio eſt, ita & contradictio dici poteſt non minùs quàm exceptio *l.* 1. *&* 2. *D.de except.* Atqui non tractat lex illa de replicatione, quoniam is qui ſtatum ingenui diffamabat nullã adhuc actionem propoſuerat. Ergo nec intelligi poteſt de illo qui agere cogatur propter diffamationem, ſed qui cogi debeat contradicere tanquam reus, & ſeipſum defendere. Ne qua verò dubitãdi cauſa de eo ſupereſſet, addit lex, *ſi defenſionibus ſuis confideret.* Quo vel ſolo nomine mirum eſt non fuiſſe admonitos & perſuaſos interpretes, vt viderent tractari de diffamatore tanquam reo, non tanquam actore. Quis enim verba illa ei qui agat conuenire poſſe arbitretur? Aut quis ferat tam fœdam ineptámq; & verborum & rerum fieri confuſionem, vt actor non reus defenſionibus ſuis confidere dicatur? Et tamen in hoc ipſo cæcutit Accurſius, ac quamuis videat vrgeri ſe vi verborum, tamen vt obiectionem eludat, ſuámque interpretationem tueatur, quod lex ait *defenſionibus* interpretatur *iuribus* vt pro nomine quod ſoli reo conueniebat aliud ſupponeret quod eſſet commune actori & reo, atque ita in contrarium ſenſum detorqueret ad ſolũ actorẽ, quod dictum fuit de ſolo reo. Quid verò facere vel Papinianus ipſe ſi redeat poſſit vt iſtorum errores conuincat, quos non pudet vt ſibi blandiantur, naturalem ipſam verborum ſignificationem tam apertè ſenſúmque peruertere? Quid tam apertum verúmque poſſis obiicere, quod non illi ſtatim huiuſmodi interpretationibus ſint eluſuri? Qui defenſiones dicit, iura quidẽm dicit ſed rei duntaxat, ad excluſionem iurium actoris. At is qui iura dicit, non æquè dicit defenſiones quæ ſoli reo competunt, ſed iura etiam actoris, quæ defenſiones dici nullomodo poſſunt. Sed videamus reliqua etiam quæ in lege ſequuntur. *Vnde conſtat*, inquit lex, *meritò rectorem prouinciæ commotum allegationibus tuis.* In quorum etiam verborum interpretatione non leuior noſtrorum error eſt. Sic enim accipiunt, quaſi non aliis allegationibus commotus fuerit rector prouinciæ mouerique debuerit quàm ex diffamatione: cùm tamen dubitandum non ſit eo allegationum nomine ſignificari ab Imperatoribus omnia quæ ingenuus dixerat, & probauerat vt ingenuitatem ſuam tueretur. Nec enim aliter poterat ingenuus vincere, quàm ſi ſuam intentionem probaret, tametſi contumacẽ aduerſariũ haberet cùm eſſet ipſe actor nõ reus, Actor, inquam, non ad cogendum aduerſarium vt ageret, ſed ad cogendum eum vt ſe defenderet ac contradiceret: Alioqui nullis opus fuiſſet allegationibus, aut

probationibus

probationibus niſi ſolius diffamationis, vt hodie in praxi ſeruatur quoties beneficiũ huius legis imploratur, quod & Bald. fatetur ad *d.l.diffamari n.8.* Et verò ita ſit plerũq; vt reus etiã abſẽs vincat, actore ſcilicet in probationibus ſuis deficiente *l.properandũ 13.§.ſin autẽ ver.cùm autẽ C.de iud.l.1.C.quom.& quand. index.* Sequitur *ſententiam dediſſe* quod ipſum quid aliud eſt, quàm præſidem prouinciæ pronũciaſſe pro ingenuitate? Non aliter nimirũ, quàm ſi cõtra præſentem auditúmq; iactatorẽ pronunciaſſet. Id eſt, ingenuũ videri eũ cuius ſtatus quaſi libertinus eſſet, diffamabatur. Contumacia.n. iactatoris pro præſentia eſt *Auth.qua in prouincia verſi.ſed ſi nec ipſe C.vbi de crim.agi oport.* Contumacem verò hunc fuiſſe ex eo conſtat quod ſæpius vocatus ad præſidem, vt probat verbum illud frequentatiuum *vocitaſſe* quo lex vtitur, ſui tamen copiam facere neglexerat. Quidni ergo potuit contra eum ferri ſententia vt & aduerſus contumacem quemlibet? *l.contumacia 53.D. de re iud.l.1.in fin. C. de adſert. tollend.* quamuis contrà ſcribat Bald. *dict. num.8.* Et in hoc potiſſimum labuntur interpretes qui ſententiam hanc quaſi nouo ſtylo concipiendam ſic formant, & effingunt ac ſi pronunciaſſet præſes nihil aliud niſi quod inhibuiſſet iactatori ne ſuum aduerſarium de cætero inquietaret. Sic enim accipiunt verba illa quæ in lege ſequuntur, *ne de cætero inquietudinem ſuſtineres*, quaſi formulã contineant ſententiæ quæ in hac ſpecie aduerſus iactatorem contumacem reddenda eſt, Niſi quod addendum putant velut dilucidioris explicationis gratia, vt iactatori perpetuum ſilentium imponatur. Quod ipſum quoque ſupradictis verbis ſatis expreſſum putant. Omnino improbabiliter ne dicam imperitè. Non enim ad formulam ſententiæ referenda ſunt verba ſupradicta, ſed ſic potiùs accipienda vt ſententiæ vim & effectum exprimant, quia rerũ iudicatarum autoritas facit vt is pro cuius ingenuitate pronunciatum eſt inquietari poſtea nunquam poſſit, citra iniuriam manifeſtam, à qua temperari iubebit præſes ſi adhuc poſt ſententiam diuerſa pars in eadem obſtinatione perſeueret diffamandi tanquam libertinum eum qui iam pronunciatus ſit ingenuus. Nec enim leuis illa iniuria eſt, cuius nomine condemnari iactatorem æquum eſt, poſteaquàm contra eum pro ingenuitate pronunciatũ fuit. Et verò ſi ea verba formulam ſententiæ continerent, vt noſtri putant; non ad perſonam ingenui pro quo pronunciaretur referri deberent, ſed ad perſonam iactatoris cui & inhibitiones fierent ne in poſterum inquietaret ingenuum, & ſilentium perpetuum imponeretur. Itaque debuerat in hunc ſenſum ita ſcribi *ne de cætero te inquietaret*, quomodo interpretes noſtri loquuntur, non vt ſcriptum eſt *ne de cætero inquietudinem ſuſtineres.* Quamquam & hæc & illa formula æquè inepta eſſet, quoniam neque in actoris, neque in rei perſonam concipienda huiuſmodi ſententia eſt quæ ſuper cauſa liberali redditur, vt aliquid fieri vel iubeatur vel prohibeatur, ſed in rem ipſam, Pronunciando ſcilicet eam perſonam quã de agitur vel ingenuam eſſe vel libertinam, Vel liberam vel ſeruam cùm ſit actio iſta præiudicialis, & præiudiciales actiones in rem omnes ſint non in perſonam, vt docuimus *dict. cap. vlt.lib.19. Coniectur.* Ex his igitur apparet quàm improbabile ſit commentum iſtud interpretum quod ex *d.l.diffamari* effinxerunt.

Digitized by Google

ERROR TERTIVS.

De ſententia l.ſi ea 7.C.qui accuſ.non poſſ. & l.ob commiſſa 21.in fin. C. ad leg.Iul. de adult.& rurſum de l.diffamari C.de ingen.manum.

ALIAE verò leges quibus in eundem ſenſum abutuntur, multò minùs ad rem pertinent. Nam *in l.ſi ea 7. C. qui accuſ.non poſſ.* non tractatur de cogendo iactatore vt accuſet, quod multò minùs vllo caſu ferendum eſt, ſed de iniungenda ei qui iam cœpit accuſare, neceſſitate proſequendæ accuſationis intra tempora præſtituta,niſi malit incidere in Turpillianum; quaſi qui agere ſuperſedendo renunciaſſe cauſæ intelligatur, vt lex ait & nos iam docuimus in Codice Fabriano ad Tit.*Ut nemo inuit.ager. vel accuſ. cogat.*Quod autem ſcriptum eſt in *l.3.§ ſi ad diem D.de re milit.*omnino alienum eſt à propoſita quæſtione.Ibi enim tractat Modeſtinus de eo qui ad diem commeatus non venit,quem ideò perinde puniendum eſſe ait, acſi vel emanſiſſet vel deſeruiſſet pro numero temporis *facta tamen ei*,inquit,*prius copia docendi num fortè caſibus quibuſdam detentus ſit propter quos venia dignus videatur.* Quæ res vt nemo non videt non ad cauſam & neceſſitatē actionis vel accuſationis inſtituēdę pertinet,ſed ad ęquitatē admittēdę defēſionis quā in criminalib. pragmatici noſtri iuſtificationē appellant; Ne alioqui miles inauditus quaſi emenſor vel deſertor condēnetur,quod iniquiſſimum eſſet. Ratio denique illa quæ ponitur *in l.ob commiſſa 21.in fin.C.ad leg.Iul.de adulter.Ne effrenata licentia ad terrendam aduerſariam futuræ accuſationis ſpeciem prætendas,*eò tantùm ſpectat,vt cogendus ſit maritus qui vxori accuſationem adulterij minitatur eam accuſationem & inſtituere & proſequi intra tēpora illa quæ ob commiſſa adulteria atque accuſandas vxores præſtituta ſunt,Ne perpetuo metu futuræ accuſationis mulier fortaſſis innocens terreatur & inquietetur. Qui tamen metus planè ſupervacuus,& contemnendus eſſet, ſi poſſet mulier aliqua actione ibi proſpicere ad cogendum maritum qui accuſationis futuræ iactationes tantùm effunderet vt iamiam accuſaret. Neque rurſus erat cur lex Iulia præſtitueret marito & extraneo cuilibet certa tempora ad inſtituendam adulterij accuſationem,Niſi quòd alioqui fieri nullomodo poterat vt ſecuritati & inquietudini mulieris quæ in adulterij ſuſpicionem veniſſet, conſuleretur:quod tamē falſum eſſet ſi noua iſta actio ex remedio *legis diffamari* in hanc rem vtilis eſſe poſſet. Illud ſanè non nego quod ad ſententiam noſtram magis ac magis confirmandam valde pertinet,eum qui ſibi metuit ab aduerſario,ne quandoque inquietetur,puta vſurarum nomine quas futurum ſit vt debeat ſi fortè agente poſtmodum aduerſario debitor certæ ſummæ inueniatur,quam needū ſciat nec proinde poſſit adhuc ſoluere aut obſignare ad inhibendum curſum vſurarum, Poſſe aduerſarium prouocare ad iudicium, Denunciationibus frequenter interpoſitis non vt cogat eum agere,quod tamen conſequēs eſſet noſtrorum ſententiæ, ſed vt ſi denunciatus aduerſarius diſſimulatione rem proferat actis apud præſidem prouinciæ factis, rationem volūtatis ſuæ declaret is qui conueniri vellet, Proteſtando ſcilicet, quod paratus eſſet ſoluere ſi ſciret, quid & quantum à ſe deberetur. Quo facto tam ſuæ quàm ſuorum vtilitati abundè conſuluerit,vt elegāter ac diſertè ſcriptum eſt *in l.vlt. C.de vſur. pupill.*

Digitized by Google

pupill. vt ſcilicet vſuras nullas debeat perinde acſi obſignaſſet aut ſoluiſſet, At non etiam vt aduerſarius agere poſtea prohibeatur, ad ſortem quam ſibi deberi oſtenderit conſequendam. Iſque, meo iudicio, locus, omnium apertiſſimus eſt ad actionem iſtam ex remedio *l. diffamari* explodendam. Cùm in ea ſpecie laboraret maximè tutor, & quæreret ab Imperatoribus qua potiſſimùm ratione ſibi proſpiceret aduerſus futuram pupilli calumniam, cuius tamen quænam ſuſpicio eſſe potuerit non poſſum diuinare ſi nulla diffamatio & iactatio ex parte pupilli quem ponendum eſt factum fuiſſe iam tum adultũ, præceſſiſſet. Poſſet verò haud dubiè imputari tutori quod denunciationibus illis contentus fuiſſet, ſi quo remedio potuiſſet adigere pupillum ad agendum. Debuiſſet enim potiùs remedio illo experiri ad acquirẽdam ſibi ſuiſq; ſecuritatem, multò pleniorem & certiorem futuram ex ſententia præſidis vel iudicis quàm ex ſola denunciationum ſollennitate. Eſt enim lex illa eorundẽ Imperatorum Diocletiani & Maximiani, quorũ *& d. l. diffamari*, in cuius ſpecie quærerem libenter ab Accurſianis ſi qui erunt qui poſthac cõtra nos ſentiant quo remedio velint egiſſe ingenuũ illum cuius ſtatus diffamabatur. Nõ enim poſſint reſpondere actum ibi fuiſſe remedio eius legis quæ nondũ fuerat tùm promulgata. Fateantur ergo quod volumus egiſſe ingenuum contra diffamatorem illa ipſa actione, qua etiamſi diffamatio nulla præceſſiſſet agere nihilominus potuiſſet adſerendæ ſibi ingenuitatis gratia, adeóque tametſi in poſſeſſione ingenuitatis non fuiſſet, ſi modò probationibus ſuis tantopere confidere debuiſſet, *d. l. circa* 14. *D. de probat.* aut vt melius loquar non actione vlla ſed cognitione præſidis & iudicio liberali. Non nego Prætorem poſſe interdum iuriſdictionem ſuam denegare illi qui Prætoris ipſius dicto & imperio audiens eſſe noluerit, vt in ſpecie *l. ſed etſi 26. §. & adiicitur D. ex quib. cauſ. maior. l. mancipiorum 6. l. ſi optio 13. §. vlt. D. de option. legat. l. ſi eo tempore 6. C. de remiſſ. pignor. l. ſi ſeruus 4. D. de reb. autor. iudic. poſſid.* & aliis in locis ſi qui ſunt in hanc rem ex illis quos Accurſius congerit ad *d. l. diffamari.* Sed nego Prætoris partes tales eſſe vnquam debere, vt quemquam inuitum cogat agere vel accuſare. Etſi enim dicimus in poteſtate eſſe cuiuſlibet vt agat vel accuſet quando velit, *d. l. purè 5. §. vlt. D. de doli except. l. petenda 6. C. de tempor in integr. reſtit.* Vix tamen eſt vt agere vel accuſare quisvelit, antequàm eas habeat ſui iuris probationes, ac tam benè inſtructas vt de litis victoria, vel confidere vel ſaltem bene ſperare poſſit: Quas ſi nondum habeat, quid aliud, obſecro, eſt cogere illum ad agendum, vel accuſandum, quàm in illas anguſtias eum coniicere, vt inuitus cogatur eam vel actionem vel accuſationem proponere in qua videat futurum vt ſibi neceſſariò ſit ſuccũbendũ. Nam & Baldus ipſe cùm diuerſitatis rationem reddit, Cur melior cõdicio ſit eius qui contumax eſt in non agendo, quàm eius qui in non veniendo vt poſſit ille appellare, hic non itẽ, illã adfert, quòd qui contumax eſt in nõ agendo videtur de iure ſuo diffidere potiùs quàm iuri ſuo renunciare. Hoc ipſum verò cogere aliquem vt agat quandiu dubitat & diffidit de iure ſuo: nónne aut ſtulti planè, aut iniqui fuerit prętoris? vt loquitur Vlpianus quamuis aliam tractans ſpeciem *in l. 3. §. duæ autem D. de Carbon. edict.* Tunc ergo huiuſmodi coactionibus locus eſſe poteſt, cùm id facere quis iubetur, quod commodè & ad ſuam quoque vtilitatem facere poſſit & debeat, in quo numero non eſt poteſtas agendi vel accuſandi, quandoquidem in eo non factum ſolùm & voluntas agentis aut accuſantis verſatur, ſed potiſſimùm ius agendi vel accuſan-

Digitized by Google

di ſi quis agendo vel accuſando victoriam ſperare velit, Cùm vincere nunquã poſſit is qui nullo iure egit, aut accuſauit. Eſſetque ſaltem reſtringenda hæc interpretum noſtrorum ſententia ad eum caſum quo probaretur iactator dixiſſe, aut quo nõ negaret habere ſe paratas iuris ſui probationes. De quo proinde illum ante omnia interrogari æquum eſſet, vt ſi fateretur, tum demum ex æquitate cogeretur agere quaſi facere id poſſet nullo ſuo damno aut incõmodo, non etiamſi negaret. Loquimur autem de coactione præciſa & neceſſitatiua non de cauſatiua, qualem noſtri vocant eam per quam euenit plerumque vt negotiorum geſtor, procurator, tutor, heres, adminiſtrator ciuitatis & aliæ ſimiles perſonæ agere compellantur, Ne ſcilicet alioqui teneantur ob id quod non egerint, vt ex iis legibus cõſtat quas ad hoc congerit Accurſius *in d. l. vnic. C. vt nem. inuit. ager. vel accuſ. cogat.* Vbi quod præterea quærit An Bononienſis cogi poſſit à ſcholari vt agat contra ſcholarem qui breui ſit receſſurus, alienum eſt ab hoc tractatu : Non enim fieret ea coactio propter iactationem aliquam & diffamationem, ſed ob hoc ſolùm vt ſibi proſpicere ſcholaris poſſet aduerſus periculum, quod ſubeſſe videat, ne quo inſtanti equum aſcenſurus erit, vocetur in ius & recedere prohibeatur. Cuius periculi depellendi gratia, poteſt ſufficere ſcholari vti denunciet Bononienſi à quo calumniam timet, vt ſi quid ſibi debitum putet id ſtatim declaret, Quo facto eâque re in teſtationem redacta ſi Bononienſis diſſimulet, ſecurus ſit ſcholaris, non ne conueniri vnquam poſſit ſi fortè poſt aliquod tempus Gallũ in Gallia, vel Germanum in Germania conuenire Bononienſis velit, ſed vti ne poſſit Bononienſis recedẽtem eum arctare vt ex equo, vt ita dicam & ante diſceſſum ſuum ſe defendat poſtquàm ipſe Bononiẽſis prouocatus in mora fuerit vel agendi, vel ſaltem declarandi, quid ſibi quantũmque deberi intenderet *arg. d. l. vlt. C. de vſur. pupillar.* Fiunt enim huiuſmodi denunciationes non ad extinguendam iuſtam & legitimam actionem ſi qua denunciato cõpetat, ſed ad propulſandum fraudis conſilium quod per diſſimulationem & dilationem actoris in perniciem denunciãtis vel ſuſpectum iam eſſe, vel mox ſuſcipi poſſe videatur. Denique poteſt & debet diligens paterfamilias iſtis denunciationibus ſibi proſpicere aduerſus incommodum quod ſibi timet ex dilata actionis inſtitutione, ſed non aduerſus periculum actionis ipſius inſtituendæ.

ERROR QVARTVS.

De captatoria inſtitutione.

CAPTATORIAM voluntatem noſtri vulgo eam intelligunt quæ ſit deceptoria, captationem accipiẽtes pro captione, & captionem pro deceptione. Vtrumque malè ſi iuris noſtri autores conſulamus, apud quos longè aliud eſt captatio, aliud captio, Rurſùmque longè aliud captio aliud deceptio. Captatio eſt in perſona, captio verò in re, nec deceptio ſignificatur captionis nomine, ſed damnum ex re ipſa emergens, *l. vlt. D. de iur. dot. l. quoties 59. de verb. obligat.* Ideò autem interpretes videntur in hanc veniſſe ſententiam, quòd putant captatorias voluntates eſſe illas quas teſtator voluerit ex alieno arbitrio pendêre. Siquidem earum tres ſpecies conſtituunt cum Paulo Caſtrenſi *ad l.*

captatoria

Digitized by Google

captatoria 64.de leg.1. Primam cùm ſubſtantia ipſa diſpoſitionis confertur in liberam voluntatem tertij, vt ſi teſtator dixerit *Lego Mæuio centum ſi Titius volet*, aut *ſi Titius voluerit*, Secundam cùm nō diſpoſitio confertur in voluntatē tertij, ſed perſona ipſius legatarij vel heredis inſtituti, puta in hunc modū *Lego illi cui Titius voluerit*, vel *Inſtituo illos quos Titius voluerit*. Sic.n. apud Caſtrēſem legendum eſt, Tertiā quæ fit ſub ſpe inſtitutionis ab altero faciendæ vel legati ab alio relinquendi vt puta *Inſtituo te ſi me inſtitues*, vel *Lego tibi ſi legabis mihi*. Fatentur verò his omnibus ſpeciebus captatoriæ voluntatis cōmune illud eſſe vt eiuſmodi voluntas non valeat, ſed cum aliqua diſtinctione, Prima quidem numquam, Secunda verò ita demùm ſi incerta perſona de incertis conferatur in arbitrium tertij, Secus ſi incerta de certis, hoc modo, *Lego vni ex libertis meis, cui Titius voluerit* vel *quem Titius elegerit l.vtrum 7. §.cum quidam D.de reb.dub.* Priore ſiquidem caſu Titio non eligente remanet diſpoſitio prorſus incerta, Secundo autem non ita quia liberti omnes admittuntur, vt Caſtrenſis ſupradicto loco ratiocinatur *ex l. cùm quidam 24. & l.ſi quis Titio 17.§.1.de legat.2.* Tertiā deniq; ſpeciem nullo prorſus caſu valere patiuntur ſi modò facta ſit per verbū futuri tēporis, non etiāſi per verbū præteriti, cùm non ſit condicio quæ in preteritum tempus confertur, ſed illa tātùm quæ in futurū *Ex l.illa autem 71.cum l.praced.* Iunct. *l.illa inſtitutio 32.& l.Clemens 81.§.1.D.de hered.inſt.l.1.§.vlt.D.de his quæ pro non ſcript.hab.l.captatorias 11.C.de teſt.mil.d.l.captatoria 70.de legat.1.* quæ captatorias ſcripturas non modò in hereditatibus ſed etiam ſimiliter in legatis valere negat. Quod & ad fideicōmiſſa noſtri trahunt, ipſo etiam aſſertore Cuiacio ad Papinianū in *d.l.captatorias 70.de hered.inſtit.* Siue quòd per omnia ſint exæquata legata fideicommiſſis *vulg.l.1.de legat.1.l.1.C.commun.de legat.* ſiue quòd eadem in vtriſque ratio iuris ſubeſſe videatur. Præterquam ſi de fideicommiſſaria libertate agatur in qua ſpeciale eſſe volunt vt fauore libertatis valeat eiuſmodi voluntas *Ex l. fideicommiſſa 46.D.de fideic.libert.* Sicut & fauore piæ cauſæ ſi quid in piam cauſam relictum proponatur, vt ex Bartolo concludit Caſtrenſ. *in d.l.captatoria per text.in cap.cùm tibi Extr. de teſtam.* repugnante licèt Baldo *ad d.l.captatorias C.de teſtam. milit.* vbi magis probat, vt textus ille iuris pontificij de commiſſione diſtributoria intelligatur, non de voluntate diſpoſitoria. In cæteris verò omnibus quæ ad voluntates iſtas captatorias pertinent, non video ex interpretibus qui ab ea quam retulimus Pauli Caſtrenſis traditione diſſentiat. Nos tamen diſſentire cogimur quia longè aliter veteres Iureconſultos ſenſiſſe arbitramur. Atque in eo primùm quod ſpectat ad priores illas ſpecies duas quas interpretes conſtituunt captatoriæ voluntatis. Conuenit quidem mihi cum ipſis in eo quod negant valere voluntatem, quæ aut ipſam diſpoſitionis ſubſtantiam, aut legatarij vel heredis inſtituti perſonam cōtulerit in arbitrium tertij. Sed nego voluntates iſtas eſſe captatorias, Nego eſſe ideò reprobatas, quòd ſint captatoriæ. Captatorias enim inſtitutiones, vt de iis primùm dicamus, diffinio cum Papiniano noſtro *in d.l.captatorias, de hered.inſtit.* eas quarum condicio confertur in ſecretum alienæ voluntatis: & quas à Senatu improbari neceſſe fuit vt non valerent quæ antea ex iuris ratione valebant. Quid enim attinebat Senatum de eo ius facere quod iam per ſe iuris certi erat & explorati? Atqui eas inſtitutiones quę ex alterius arbitrio penderēt conſtat iam inde ab ipſo naſcentis iuris ciuilis exordio improbatas fuiſſe, priùs etiam quàm Senatuſconſultum illud

Digitized by Google

factum eſſet de quo Papinianus *in d. l. captatorias.* Idque ratione illa, quam adfert Caius *in d. l. illa inſtitutio 32. eod. tit.* quod conſtantiſſimè veteres decreuerunt teſtamentorum iura per ſe firma eſſe oportere non ex alieno arbitrio pendêre. Hoc ipſum autem ideò, vt videtur, quòd teſtandi ius ita ſit inductũ permiſſumque lege duodecim tabularum vt ſolius teſtantis perſona voluntaſque demõſtrata ſit iis verbis *Paterfamilias vti ſuper ſua re legaſsit ita ius eſto.* Vnde illud etiam eſt quod teſtamentum definitur voluntatis noſtræ iuſta ſententia de eo quod poſt mortem noſtram fieri velimus *l. 1. D. qui teſtam. facer. poſſ.* Itaque ſi quis contra faciat & heredis ſui inſtitutionem conferat in arbitrium & voluntatem tertij, inſtitutio non tam prohibita vel improbata eſt quàm vicioſa, quia contra legis formam facta eſt quæ fieri è contrario ſecundum legem debuit. Nec proinde fuit in hanc rem neceſſaria vllius ſenatuſconſulti autoritas ſufficiente decreto & autoritate veterum prudentum qui Senatuſconſultum de captatoriis voluntatibus factum præceſſerunt. At captatorias Senatus improbauit, tanquam quas videret per ſe vicioſas non eſſe, nec eo minùs tamen dignas quæ improbarentur, quòd haberent neſcio quid mali exempli & à bonis moribus alieni cùm ſit longè honeſtius ac ciuilius mutuis adfectionibus iudicia prouocari quàm prætextu liberalitatis captari auarè perſonam à qua hereditatem vel legatum velit extorquere is, qui nullorum meritorum conſcius nihil alioqui ſperare poſſet. Ergo quamuis hoc ſimile habeant voluntates captatoriæ cum iis quæ ex alieno pendent arbitrio, quòd omnes sũt improbatæ, in eo tamẽ sũt diſſimiles quod captatoriæ ſolius Senatus autoritate improbatę sũt, cùm ante Senatuſconſultum valerẽt: Cæteræ verò nunquam valuerunt, ſed ſemper pro vicioſis habitæ ſunt, quaſi prorſus omni iuris ratione & auxilio deſtitutæ. Sed in quo potiſſimùm differunt? Hoc enim eſt quod interpretes noſtri aſſequi non potuerunt, decepti quantum diuinare poſſum, ex eo quod omnibus cõmune illud eſſe vident vt conferantur in ſecretum alienæ voluntatis, *d. l. captatorias & d. l. illa inſtitutio.* Differentia meò iudicio tota in eo eſt, quod captatoriarum ſola condicio confertur ad ſecretum alienæ voluntatis, Cæterarum autem ipſa etiam diſpoſitio. Nam qui ſic loquitur *Heres mihi eſto quem Titius voluerit* non tam heredem inſtituit quàm heredis ſui inſtitutionem ipſam Titio mandat quod à legis 12. tab. verbis & propoſito prorſus alienum eſt. Qui verò ita ſcribit *Quanta ex parte Titius me heredem inſtituet, ex tanta Titius mihi heres eſto* haud dubiè Titium ipſe inſtituit, nec eius inſtitutionem alterius vllius arbitrio permittit, vt nec ille qui ita, *Ex qua parte Titius me heredem inſtituet, ex ea Mæuius heres mihi eſto.* Quid ergo? Confert in ſecretum voluntatis Titij non inſtitutionem ſed condicionem huius inſtitutionis, cùm verba illa *Quanta ex parte Titius me heredem inſtituet* faciant condicionem ex poteſtate verbi futuri temporis in quod collata diſpoſitio eſt *vulg. l. Stichum qui meus erit 6. de leg. 1. l. nuper 85. de leg. 3. l. ſcribit 34. §. vlt.* ſecundum Cuiacij emendationem *libr. 2. Obſer. cap. 39.* Aliud porrò longè eſt conferri ad ſecretum alienæ voluntatis diſpoſitionem ipſam, aliud verò ſolam diſpoſitionis condicionem. Sunt igitur captatoriæ voluntates, omnes condicionales, ſicut & eæ quæ alieno arbitrio permiſſæ ſunt, ſed cum hac diuerſitate, quòd earum condicio duntaxat non etiam vt cæterarum diſpoſitio ex alieno arbitrio pendet.

ER-

Digitized by Google

ERROR QVINTVS.

De voluntatibus in alienum arbitrium collatis in quo à captatoriis differant & in quo conueniant ad l. Clemens 81. § 1. *D. de hered. inſtit.*

ERGO in illo etiam conueniunt, quod quoties quærimus an valeat captatoria inſtitutio, aut ea quæ alterius arbitrio permiſſa ſit, ponẽdum neceſſariò eſt ſatisfactum eſſe condicioni, ſecutámque declarationem voluntatis ex parte illius in quem collatam teſtator voluit ſiue inſtitutionem ipſam; ſiue inſtitutionis condicionem. Alioqui fruſtra eſſet quęrere an vicioſa vel à Senatu improbata eſſet condicionalis inſtitutio, quæ etiam ſublato vicio, ſemotáque Senatuſconſulti autoritate adhuc tamen inutilis reperiretur ob defectum condicionis. In eámque rem textus eſt perquam elegans & accommodatus *in d. l. Clemens* 81. § 1. vbi ait Paulus, Si ita ſcripſerit teſtator *Quanta ex parte me à Titio heredem inſtitutum recitaſſem, ex ea parte Sempronius mihi heres eſto*, non eſſe captatoriam inſtitutionem, ſiue quòd ad præteritum tempus collata ſit, vt vulgò colligunt ex verbo illo *recitaßem* (quanquam nihil vetat, ita etiam concipi condicionem quæ ad futurum referatur *l. ſi ita fuerit* 13. § 1. *D. de manum. teſtam.*) ſiue potiùs quòd in alteram perſonam quàm quę poſſit videri captata Inſtituto ſcilicet Sempronio à quo inſtitui viciſſim teſtator non ſperabat ſed à Titio cui nihil ipſe relinquebat, Niſi fortè poneres perſonam Sempronij adeò fuiſſe coniunctam perſonæ Titij ſiue ſanguinis ſiue alicuius neceſſitudinis iure, vt potuerit inſtitutio Sempronij tam facilè mouere Titium ad inſtituendum teſtatorem quàm ſi Titius ipſe fuiſſet inſtitutus, Quo caſu non improbabiliter defendi fortaſſe poſſet habendum eſſe Titium ipſum pro inſtituto, & conſequenter pro captato. *arg. l. filiofamilias* 42. *D. de condic. & demonſtr. l. ſed ſi plures* 10. *§. in adrogato D. de vulg. & pupill. ſubſtit.* Subiungit tamen Paulus *in d. §.* 1. ſi nullum à teſtatore recitatum fuerit Titij teſtamẽtum, inanem videri Sempronij inſtitutionem, remota quoque ſuſpicione captatoriæ inſtitutionis, Id eſt non quaſi hæc inſtitutio ſi non euidenter captatoria ſaltem ſuſpecta ſit, quod ſufficeret ad eá improbandam vt dici ſolet de cæteris quæ in fraudem legum vel ſenatuſconſultorum excogitata videri poſſunt *l. qui teſtamentum* 27. *D. de probat. l. quidam* 29. *§.* 1. *ad SC. Velleian.* Sed quia tametſi nullomodo ſit ſuſpecta, inutilis tamen eſt tanquam facta ſub illa condicione *ſi recitauerim me inſtitutum heredem à Titio*, quæ condicio planè deficit nullo per teſtatorem recitato Titij teſtamẽto. Quidni enim huiuſmodi condicionem exiſtere neceſſe eſt, vt & aliam quamlibet licitam nec improbatam, priuſquàm dici poſſit vtilem & efficacem eſſe inſtitutionem? *l. ſi heredi* 5. *& tot. tit. D. de condic. inſtit. l. facta* 63. *§. ſi ſub condicione D. ad SC. Treb.* Ergo ſimiliter cùm dicimus non valere condicionalem inſtitutionem quæ vel captatoria ſit, vel alieno arbitrio permiſſa, ſic neceſſariò intelligere debemus vt quamuis condicio eius extiterit. Siue quòd heres inſtitutus teſtatorem ſuum viciſſim heredẽ ſcripſerit, ſiue quòd tertius in cuius arbitrium & voluntatem collata inſtitutio fuit perſonam inſtituti elegerit, non eo magis valeat inſtitutio propter vicium ſiue captationis ſiue diſpoſitionis, quæ alioqui ob defectam condicionem inutilis eſſet iure communi. Et in eo vt dixi conueniunt Captatoria inſtitutio, & ea quæ alieno arbitrio permiſſa fuit: Vt proinde mirum non ſit ob huiuſmodi con-

uenientias factum fuiſſe, vt eam quæ inter huiuſmodi voluntates eſt, differẽtiam interpretes non obſeruauerint. Ex qua tamen etiam illa naſcitur, quod inſtitutione alieno arbitrio permiſſa, ſicuti tota ipſa diſpoſitionis ſubſtantia, vt Caſtrenſis loquitur, in alterius voluntatem collata eſt, ita totam eam corruere atque vicioſam & inutilem eſſe neceſſe eſt: *d. l. illa inſtitutio.* Captatoriam verò voluntatem cuius non tam diſpoſitio quàm condicio ſola confertur ad ſecretum alienæ voluntatis non ſemper totam inutilem eſſe neceſſarium eſt, ſed eo ſolo caſu quo fieri nequeat vt condicio improbetur, quin tota quoque inſtitutio vicietur: vt euenit in exemplo illo quod paſſim & quaſi vnicum prudentes noſtri adferunt, *Quanta ex parte Titius me heredem inſtituet, ex ea heres mihi eſto.* Tolle enim quod in hac voluntate captatorium & vicioſum eſt, condicionem ſcilicet illam *ſi me ex aliqua parte Titius heredem inſtituet* quæ licèt non ſit concepta per expreſſam figuram condicionis, expreſſa tamen potiùs quàm tacita videri debet, Nihil ex inſtitutione relinquetur quod poſſit ſubſiſtere. Quod namque ſupereſt *ex ea parte heres mihi eſto* nullum alium ſenſum habet quàm vt videatur Titius inſtitutus ex ea parte quæ nulla ſit, vt in *l. ex facto 19. eod. tit. de hered. inſt.* cùm teſtator nullam partẽ expreſſerit, niſi per relationem ad eam quæ nulla eſſet. Non quia ponam teſtatorẽ hunc nulla ex parte à Titio inſtitutũ fuiſſe (iam enim dixi è contrario ponendum eſſe impletam condicionem, vt poſſit tractari de inducenda ſenatuſconſulti poteſtate) ſed quoniam vt maximè verum ſit teſtatorem fuiſſe à Titio inſtitutum ex ſemiſſe, nulla tamen eius partis ratio haberi poteſt propter autoritatem ſenatuſconſulti, quod ſicuti condicionem totam improbat, ita & mentionem illam partis quæ condicionis partem facit iis verbis *Quãta ex parte* quibus tamen ſublatis, nihil ſupereſt ex quo poſſit probari vel coniici quanta ex parte inſtitutus fuerit Titius, quem porrò negari non poteſt quin teſtator inſtitutum voluerit non ex aſſe, at nequidem ex parte ſimpliciter & abſolutè, quo caſu videri poſſet inſtitutus ex ſemiſſe, ſed præciſè ex ea demum parte ex qua teſtator ipſe à Titio inſtitutus reperiretur, vt probant verba illa quæ ſequuntur in inſtitutione *ex ea heres mihi eſto.* Indéque nimirum eſt, quòd quamuis in huiuſmodi inſtitutione captatoria, nihil ſit improbabile præter condicionem inſtitutionis, Senatus tamen totam inſtitutionem improbat, non minùs quàm ſi ipſa ſubſtantia inſtitutionis collata eſſet ad ſecretum alienæ voluntatis, Nempe quia condicio huiuſmodi ſic implicita eſt & inſita inſtitutioni vt ab ea ſecerni nullomodo poſſit.

ERROR SEXTVS.

De inſtitutione ſic facta, SI TITIVS HEREDEM ME INSTITVET, TITIVS HERES MIHI ESTO: *ad l. 1. in fin. D. de his quæ pro non ſcript. habent.*

AT finge teſtatorem ita ſcripſiſſe *Si Titius heredem me inſtituet, Titius heres mihi eſto.* Non dubitatur quin æquè captatoria ſit hæc inſtitutio, quæ ſcilicet expreſſam condicionem habet expreſſim collatam in ſecretum voluntatis Titij: Sed nego tamen, quod nemo fortaſſe ante me obſeruauit, improbatã eſſe huiuſmodi inſtitutionem, & defendo Titium nihilominùs heredem fore.

Mouet

Digitized by Google

Mouet me illud quod negari non poteſt, condicionem hanc *ſi Titius heredē me inſtituet* captatoriam eſſe & à Senatu improbatam, cùm eo quoque caſu quo Senatus totam inſtitutionem quaſi captatoriam improbat, non alia ratione id faciat, quàm odio cōdicionis, quæ proinde vt ipſa per ſe multò magis exoſa fuerit, & à Senatu improbata neceſſe eſt. Quòd ſi condicio eſt improbata, vt eſt, Ergo & impoſſibilis eſt. Nec enim quiſquam dubitat quin condiciones ſiue à Senatu, ſiue à Principe improbatæ in earum numero ſint quæ impoſſibiles exiſtimantur *l. filius* 15. *D. de condic. inſtit.* Atqui impoſſibilis condicio poſita in inſtitutione non viciat inſtitutionem ſed viciatur *l.* 1. *eod tit.* Nam & generaliùs obtinuit vt impoſſibiles condiciones teſtamento adſcriptæ pro nullis habeantur *l.* 3. *De condic. & demonſtr.* Ergo perinde valere debet ea inſtitutio *Si Titius heredem me inſtituet Titius heres mihi eſto* atque ſi ſic concepta eſſet *Si Titius cœlum digito tetigerit heres eſto.* Nihil enim refert quid impoſſibilem faciat condicionem an ius an natura, nec minùs vno caſu quàm alio poteſt inſtitutionis cōdicio ab ipſa inſtitutione ſeparari, vt condicio reiiciatur, inſtitutio autem ſubſiſtat, quam ſanè conſeruari quoties fieri commodè id poteſt, publicè expedit fauore tuendarum voluntatum vltimarum, quæ omnium ſunt fauorabiliſſimæ. *l. vel negare* 6. *D. teſtam. quemadm. aper. l.* 1. *C. de ſacroſ. Eccleſ.* Et verò ſi inſtitutio illa de qua nunc agimus *Titius ſi me heredem inſtituet heres eſto* improbata eſſet à Senatu tanquam captatoria, quis credat non fuiſſe prudentes exemplum hoc allaturos, tanquam quod magis obuium eſſet quàm ſupradictum illud in quo ſibi tantopere placent *Quanta ex parte Titius me heredem inſtituet ex ea heres eſto,* de quo *in d. l. illa autem in princip. d. l. Clemens* § 1. *de hered. inſtit. & in d. l.* 1. *in fin. De his quæ pro non ſcript. habent.* qui poſtremus locus videtur mihi omnium accommodatiſſimus ad ſententiam noſtram confirmandam. Ibi enim tractat Iulianus non obiter ſed ex profeſſo de inſtitutionibus à Senatu improbatis cùm pœnas legis Corneliæ conſtitueret aduerſus eum, qui hereditatem ſibi vel legatum ſcripſiſſet, Et ait videri Senatum eodem modo illas improbaſſe, quo improbatæ ſunt etiam illæ, *Qua ex parte me Titius heredem ſcriptum in tabulis ſuis recitauerit ex ea parte heres eſto,* Ita ſignificans non obſcurè meo iudicio, non tam eſſe hoc exemplum captatoriarum inſtitutionum à Senatu improbatarū, quàm illas ipſas eſſe inſtitutiones captatorias quas Senatus improbauit, vt intelligamus non alias huius generis improbatas eſſe, quàm quæ per huiuſmodi formulam ſint conceptæ: Cum qua tamen formula nihil commune habet inſtitutio ſic concepta *ſi Titius me heredem inſtituet, heres mihi eſto,* Nec ſi ponas adieciſſe teſtatorem quod tamen ad ſupraſcriptam formulam propiùs accederet *ſi Titius me heredem ex ſemiſſe inſtituet, ex ſemiſſe heres eſto,* quia his duabus formulis tametſi eadem condicio eáque ſemper improbata contineatur, attamen ita continetur vt ſeparari facilè ac commodè poſſit ab inſtitutione: Ac ſublata condicione remanet inſtitutio pura iis verbis abſoluta *Titius ex ſemiſſe heres eſto* nec dubitari poteſt ex qua parte ſit inſtitutus.

ERROR SEPTIMVS.

De ſententia §. 1. *l. illa autem & l. hoc articulo* 29. *de hered. inſtit.*

Digitized by Google

VNVS tantùm in toto iure noſtro locus eſt qui cum ijs quæ ſuprà diximus, pugnare maximè videatur. Is eſt in *d. l. ille autem §. 1. D. de hered. inſtit.* Nam poſteaquàm Paulus dixit illas inſtitutiones captatorias non eſſe ſi teſtator ita heredem inſtituat, *Qua ex parte Titius heredem me inſt. tuit ex ea parte Mæuius heres eſto.* quia non in futurum, ſed in præteritum collata inſtitutio eſt, Subijcitur *ſed illud quæri poteſt, an idem ſeruãdum ſit quod Senatus cenſuit etiamſi in aliam perſonam captationem* (ſic enim legendum eſt non vt vulgò *captio em*) *quis direxerit, veluti ſi ita ſcripſerit* Titius ſi Mæuium tabulis teſtamenti ſui heredem à ſe ſcriptum oſtenderit, probaueritque heres eſto: *quod in ſententiam*, inquit, *Senatuſconſulti incidere non eſt dubium.* Ex quibus verbis apparet non dubitaſſe Paulum quin captatoria & improbata eſſet inſtitutio etiam cuius condicio expreſſa eſſet per figuram condicionis, id eſt per dictionem *ſi* non per illa verba quæ neceſſaria eſſe contendimus *Quanta ex parte* aut quod idem eſt *Qua ex parte.* Poſſet quidem reſponderi nec improbabiliter meo iudicio, totum illum §. Triboniani eſſe non Pauli: ſiue formam proponendæ quæſtionis inſpicias, ſiue verba quibus concepta quæſtio eſt, ſiue denique reſponſionẽ quæ affertur ad propoſitam quæſtionem. Nam propoſitio ipſa quæſtionis parum apta eſt, & parum cohærens præcedentibus in quibus nihil Paulus dixit de inſtitutionibus captatorijs, ſed de non captatorijs. Debuerat autem aptari potiùs legi præcedenti, quæ eſt Papiniani, & in qua non niſi de captatorijs inſtitutionibus agitur per Senatum improbatis. Solet autem Tribonianus, cùm opiniones ſuas reſponſis prudentum inſerit, facere id per quæſtiunculas vt plurimùm alienas ab eo ipſo loco cui aptantur. Illa etiã verba quibus in proponenda quæſtione lex vtitur *etiamſi in aliam perſonam captationem direxerit* bonum ſenſum nullum habent. Nec enim latinè quis dixerit captationem dirigi in perſonam quæ captat, ſed tantùm in eam quæ captatur. Perſona ſiquidem quæ captat illa eſt quæ captationem dirigit non in quam captatio dirigitur. Et tamen nihil aliud his verbis exprimere Tribonianus voluit, niſi caſum illum quo teſtator non pro ſe, ſed pro alio captare voluerit heredem, vt apparet ex ſubiecto exemplo *Titius ſi Mæuium tabulis teſtamenti ſui heredem à ſe ſcriptum oſtenderit, probaueritque, heres eſto.* Hîc enim quid aliud agit teſtator niſi vt Titium heredem ſuum captet pro Mæuio? Non ergo dirigit captationem in perſonam aliam quàm heredis ſui, ſed dirigit pro alia perſona quàm pro ſua, nec dirigitur captatio hoc caſu in Mæuium, ſed in Titium fauore Mæuij. Neque credi poteſt Paulum tam malè ac impropriè vnquam locuturum fuiſſe. Iam verò quàm ineleganter & inconcinnè ad propoſitam quæſtionem reſpondetur ijs verbis *quod in ſententiam ſenatuſconſulti incidere non eſt dubium.* Quid enim attinebat præmittere illud quæri poſſe, quod ſtatim dubium non eſſe dicatur? Soletne Paulus aut alius quiſquam ex prudentibus proponere quæſtionem aliquam de re non dubia? An non potiùs ridere tanquam ſtultos eos qui de re non dubia quæſtionem mouent? *l. Domitius 27. D. qui teſtam facer. poſſ.* Poſſet igitur, vt diximus, non improbabiliter defendi totum hunc §. Triboniani eſſe non Pauli, de quo minùs dubitabit qui nobiſcum obſeruauerit tam multa alia ex Triboniani iuriſprudentia & ingenio in reſponſa prudentum irrepſiſſe, Quale inter cætera & in *eod. tit. De hered. inſtit.* illud quod ſcriptum eſt in *l. in tempus 62.* in verbis illis poſtremis *niſi ex alijs apertiſſimis probationibus fuerit reuelatum pro qua*

qua perſona teſtator ſenſerit quod nos iam alio loco pluribus oſtendimus. Hoc autem admiſſo vt is §. 1. Triboniani ſit non Pauli parum me moueret obiectio quæ contra ſententiam noſtram fieret ex autoritate Triboniani cui ſollenne eſt non modò negligere paſſim, ſed etiam peruertere iuris rationem. Sed tamen quoniam difficile eſt à pragmaticis, & vulgaribus interpretibus impetrare, vt vel Tribonianeas additiones iſtas agnoſcant, vel minorem ijs quàm prudentum reſponſis autoritatem tribuant, quantacunque ratione vrgeantur, Reſpondeamus quod illi putabunt fortaſſe probabilius, ego certè minùs probabile, non aliam illius loci ſententiam eſſe, niſi vt in ſuprafcripto illo exemplo *Titius ſi Mæuium tabulis teſtamenti ſui heredem à ſe ſcriptum oſtenderit, probaueritque, heres eſto.* non eo minùs captatoria ſit voluntas, & conſequenter à Senatu improbata quòd teſtator non ſibi ſed Mæuio captauerit Titium heredem à ſe inſtitutum non tam vt ei benefaceret quàm vt Mæuio. Sufficit enim captatum eſſe eum qui heres ſcriptus fuit, vt captatoria voluntas dici poſſit, nec illud prætereà inquirendum eſt, cui bono ceſſura ſit ea captatio, licèt Senatus de illa tantùm captatione locutus ſit quam teſtator pro ſe non pro alio fecerit. Parum namque intereſt an contra verba an contra ſententiam Senatuſconſulti quid factum ſit. Sed quis erit effectus huius nouæ ad ſenatuſconſultum interpretationis? An ille vt tota hęc inſtitutio corruat non minùs quàm ſi ſcriptum eſſet *Quanta ex parte Titius Mæuium heredem inſtituet heres mihi eſto,* Minimè, Neque verò hoc lex ait. Quidni enim dicamus condicionem quæ expreſſa ſit per figuram condicionis reiici debere tanquam impoſſibilem, Ipſam verò inſtitutionem defendi? Sed ille tantùm vt è contrario ſola condicio tanquam captatoria & à Senatu improbata, atq; hoc ipſo impoſſibilis reiiciatur, quæ alioqui ſi non magis ad ſententiā quàm ad verba Senatus pertineret implenda omnino eſſet, priuſquàm Titius ex inſtitutione fieri heres poſſet exemplo alterius condicionis cuiuſlibet non improbatæ, Vt in *l. hoc articulo 29. eod. tit.* vbi Pomponius ex Labeone ſcribit, ſi teſtator ita dixerit *Titius & Seius quanta quiſque eorum ex parte heredem me habuerit ſcriptum heres mihi eſto* niſi omnes habeant heredem ſcriptum teſtatorem, neutrum heredem eſſe poſſe, quoniam ad omnium factum ſermo ille refertur. Adde, nec captatoria & improbata condicio eſt quæ in præteritum tempus collata fuit. Habuit enim id Pomponius pro tam certo vt nec de illo dubitet, Non magis quàm de validitate inſtitutionis, quæ haud dubiè tota corrueret ſi condicionem captatoriam contineret, quippe quæ non per figuram condicionis expreſſa ſed per dictionem illam *quanta ex parte* ſeparari ab inſtitutione nullomodo poſſet. Non ergo ſine effectu eſt quod dicimus in ſpecie *§. 1. d. l. illa autem*, captatoriam eſſe condicionem & à Senatu improbatam vt impunè contemni poſſit, nec tamen vicioſam aut improbatam faciat inſtitutionem, quia non adeò cohæret inſtitutioni vt commodam non recipiat ſeparationem. Atqui, dicat aliquis, propoſita erat quęſtio, An in hac ſpecie idem dicendum eſſet quod Senatus cenſuit. Sic enim habent verba quæſtionis. Senatus autem vt iam inculcaui ſæpius, non tantùm condicionem inſtitutionis captatoriæ ſed ipſam quoq; inſtitutionem improbauit. Ergo & in hac ſpecie voluit Paulus, ſi modò Pauli locus eſt non magis inſtitutionem hanc valere quàm condicionem, tametſi figura condicionis expreſſa proponeretur. Reſpondeo, ita quidem propoſitam fuiſſe quæſtionem, ſed non ad eam reſponderi, quod ſupponit obiectio idipſum in hac ſpecie ſeruandum

Digitized by Google

eſſe, quod Senatus cenſuit, at hoc tantùm, Non eſſe dubium quin teſtator in ſententiam Senatuſconſulti inciderit, quod vtique ſic accipi nihil vetat quomodo volumus, vt perinde captatoriam adſcripſerit condicionem, & conſequenter reiiciendam, acſi heredẽ ſuum Titium captaſſet pro ſeipſo non pro Mæuio: nec ideò tamen inſtitutio tota improbanda ſit, quæ ſcilicet etiam exploſa condicione poſſit ſalua ſubſiſtere, Nimirum ſi condicionis figura expreſſa ſit vt in propoſito exemplo, non item ſi poneres conceptam huiuſmodi condicionem per eam formulam qua Senatus vſus eſt in exprimendis iis inſtitutionibus captatoriis, quas improbauit, id eſt per verba illa *Quanta ex parte*, quomodo ponendum neceſſariò eſſet ſi velles eandem in omnibus rationem conſtituere huiuſmodi voluntatis captatoriæ quæ cæterarum omnium à Senatu improbatarum. Quid enim eſt quod nos cogat idem ius conſtituere in iis caſibus qui habeant diuerſitatem maximam & rationis quæ ſemper potiſſimùm ſpectanda eſt, & verborum? Illud ſanè conſtat vel ex ipſius ſiue Pauli ſiue Triboniani confeſſione, Senatum neq; de hoc poſteriore caſu quicquam conſtituiſſe, neque in captatoriis inſtitutionibus improbãdis eam ſpeciem tractaſſe in qua eſſet per figuram condicionis expreſſa condicio, quæ captatoriam faceret inſtitutionem. Pone igitur iiſdem verbis cõceptam vtramque inſtitutionem & eam de qua Senatus locutus eſt, & eam de qua Paulus quærit, hac ſola differentia quòd in vna teſtator heredẽ ſuum captauerit pro ſeipſo, in altera pro Mæuio. Admittam quod voles, vtroque caſu improbatam eſſe non tantùm condicionem inſtitutionis, ſed inſtitutionem quoq; ipſam, Atque ita ſatisfecero ei quod lex ait idem in hoc caſu obtinere quod in alio Senatus cenſuit, Nam neque hoc aliter dici poteſt quàm ſi in vtroque caſu eadem verborum formula vſurpetur. Sed ſi ponas captatoriam condicionem inſtitutionis conceptam eſſe per expreſſam figuram cõdicionis, vt in exemplo illo de quo *in d.l. illa autem* §.1. in hunc modũ, *ſi Mæuium tabulis teſtamenti ſui heredem à ſe ſcriptum oſtenderit* non per verba illa *quanta ex parte*, quibus Senatus vſus eſt in iis exprimendis & concipiendis inſtitutionibus quas tanquam captatorias improbauit: Admittam equidem perinde captatoriam eſſe condicionem huius inſtitutionis, & quod omnino conſequens eſt à Senatu improbatam, ſed negabo ipſam quoque inſtitutionem improbatam eſſe, quia nec neceſſe eſt, cùm reiecta cõdicione tanquam alia qualibet impoſſibili poſſit ſalua manere inſtitutio, præterquàm ſi poneres ſuum heredem, qui non niſi ſub poteſtatiua condicione inſtitui poteſt, ſub eiuſmodi condicione inſtitutum fuiſſe, *d.l. filius* 15. *de condic. inſtit.* iunct. *l.* 4. *D. de hered. inſtit.* Nec eo minùs tamen verum erit quod lex ait teſtatorem hunc qui captatoriam condicionem inſtitutioni adiecerit non pro ſe ſed pro Mæuio, expreſſa figura condicionis perinde incidere in ſententiam Senatuſconſulti, ſed quantum ad ſolam condicionem improbandam, quæ ſanè non improbaretur ſi verba Senatuſconſulti mordicùs ſequeremur, nec vllam ad ea interpretationem adhiberemus.

ERROR OCTAVVS.

De formulis exemplorum poſitorum in d. l. illa autem §.1. *l. Clemens* 81. §.1. *l. hoc articulo* 39. *D. de hered. inſtit.*

Quamquam

Digitized by Google

QVAMQVAM hoc etiam admiſſo, adhuc tamen ſuſpectum mihi valde eſt,exemplum illud *Titius ſi Mæuium tabulis teſtamenti ſui heredem à ſe ſcriptum oſtenderit,probaueritque,heres eſto.* Videtur enim his verbis concepta eſſe condicio in tempus præteritum non in futurum,ac proinde non magis captatoria dici ex regula poſita initio eiuſdem legis quàm illa de qua *in d.l. Clemens §.1. quanta ex parte me à Titio heredem inſtitutum recitaſſem*,aut illa de qua *in d.l. hoc articulo* 39.*eod.* quæ ad noſtram propius accedit,*quanta ex parte heredem me ſcriptum habuerit heres mihi eſto.* Quid enim referre poteſt an teſtator ita dixerit *heredem me ſcriptum habuerit*, vt in *d. l. hoc articulo*, an verò *heredem ſcriptum oſtenderit probaueritque* vt in *d.l.illa autem §.1.* An non eiuſdem temporis ſunt verba illa,*habuerit,oſtenderit,probauerit?* Et tamen nemo dubitat, quin ea inſtitutio valeat,de qua *in d.l. hoc articulo* tanquam quæ captatoria videri non poſſit,quia concepta ſit per verba præteriti temporis & in præteritum tempus collata non in futurum. Ideóque nimirum exigit Pomponius impletam eſſe condicionem illam ab eo qui ex eiuſmodi inſtitutione heres eſſe velit,Adeò vt ſi pluribus iniuncta ſit per articulum *quiſque* vt in ſpecie de qua in eo loco *Titius & Seius quanta quiſque eorum ex parte heredem me habuerit ſcriptum, heres eſto.* non putet Labeo nec Pomponius quemquam ipſorum heredē eſſe poſſe,nec ſi iam tùm habeat ſcriptum teſtatorem,quàm ſi omnes ſcriptum habeant,propterea quòd hoc articulo *quiſque* omnes ſignificentur,& ad omnium factum verba condicionis referantur. Cur ergo non perinde valebit inſtitutio de qua *in d.l.illa autem §.1.ſi Mæuium à ſe ſcriptum oſtenderit,probaueritque.* Nam ſi dicas verbum *oſtenderit* poſſe eſſe ſubiūctiui tēporis futuri non præteriti, nec niſi de ea oſtēſione ac probatione poſſe intelligi quæ fiat poſt teſtamentum , & qualitatem illam adnexam *ſcriptum* quæ haud dubiè per ſe ſumpta nihil niſi præteritum tempus exprimit intelligendā eſſe ſecundum tempus verbi,*ex vulg.l.4.§.ſi extraneus D.de noxal. act.* Idē ego dicam de verbo *habuerit*, déq; tota illa formula *ſcriptū habuerit* de qua *in d.l.hoc articulo* , & quæ ſeparāda eſt ab illa *ſi Mæuium heredem ſcripſerit.* Maior enim eſt ambiguitas in verbo *ſcripſerit* vt futuri temporis poſſit habere ſignificationem,quàm in illo *ſcriptum oſtenderit*, quia dictio *ſcriptum* præteriti temporis ſemper eſt, nunquam futuri. Atque ita ſaltem aſſequar vt fatendum ſit ineptum fuiſſe illum qui in *d.l. illa autem §.1.* exemplum hoc poſuit de quo diſputamus quiſquis ille fuit: qui ſcilicet verbis tam ambiguis, & primo ſenſu in præteritum tempus collatis expreſſit condicionem hanc quaſi captatoriam,de qua tamen etiamſi in futurum tempus collata diſertè fuiſſet iam ſatis dubitari poterat an habenda eſſet pro captatoria, & à Senatu improbata propter inſertam perſonam Mæuij pro quo facta erat captatio non pro teſtatore. Itaque ſiue dicas fuiſſe caſum hunc dubitabilem quod prima illa verba præ ſe ferunt *ſed illud quæri poteſt* cùm de hoc caſu nihil Senatuſconſulto expreſſum eſſet,cuius tamen diſpoſitio minùs fauorabilis videbatur tanquam inſtitutionibus & teſtamentis contraria, Non debuit augeri dubitatio ex ambiguitate verborum, ſiue malis caſum hūc eſſe indubitatū ob verba illa poſtrema eiuſdem *§.non eſt dubium*, tanto minùs debuit ea condicionis formula proponi quæ ambiguitatem aliquam verborum haberet ac de qua poſſet dubitari an in præteritum tempus collata eſſet an in futurum, præſertim cùm in dubio eſſet multò æquius eam capere interpre-

Digitized by Google

tationẽ quæ condicionem ad tempus præteritum referret, non ſolùm quòd primus & magis obuius verborum ſenſus id ſuadere videretur vt apparet *ex d.l.hoc articulo*,in qua nec diſtinguitur quomodo alioqui haud dubiè diſtinguendum erat, an de futuro tempore teſtator ſenſiſſet, an de præterito, ſed etiam fauore inſtitutionis & condicionis quoque conſeruandæ,vt in dubio teſtator potiùs ex legibus quàm contra leges diſpoſuiſſe exiſtimetur,eáque ſumatur in ambiguis interpretatio quæ vicio caret *l.in ambigua* 19.*D.de legib.l.*3.*de reb.dub.*iunct.*l.quoties in actionibus* 13.*eod.tit.*Maximè cùm ſi quid in eo eſſet obſcuri, tempus teſtamenti potiùs quàm futurum à teſtatore cogitatum videri deberet *l.ſi ita* 7.*de aur.& argent.legat.*Deniq; tametſi admitterem hæc verba poſſe trahi ad futurum, nemo tamen dubitat, quin longè probabilius poſſint aptari ad præteritum,quod ſufficit vt non poſſit indubitatè dici quod lex ait huiuſmodi condicionem quaſi captatoriam non valere. Proinde quamuisnon ſoleam valde laborare cùm aliquid in prudentum reſponſis occurrit quod à ratione ac iuriſprudentia abhorreat,vtrum id Triboniano adſcribam, an malo cuipiam interpreti, adeò parum videtur mihi Tribonianus à malo diſtare interprete, facilè tamen ſi aliud nihil moueret, admitterem totam illam clauſulam *veluti ſi ita ſcripſerit, Titius ſi Mauium tabulis teſtamenti ſui heredem à ſe ſcriptum oſtenderit,probaueritque, heres eſto*: imperiti eſſe interpretis, qui non minùs ignoraſset quod nos contendimus quoties de captatoria inſtitutione improbanda agitur debere concipi formulam condicionis per verba illa *quanta ex parte* quàm quod omnes ſciunt iis verbis *ſcriptum oſtenderit probaueritque* præteritum aut ſaltem præſens tẽpus ſignificari acſi teſtator ita ſcripſiſſet *ſi Mauium iam à ſe ſcriptum habuerit d.l.hoc articulo.*Debuerat enim exemplum ita concipi vt futurum tempus præciſè demonſtraretur hoc modo *ſi Mauium heredem ſcribet*, vel ſaltem ita *ſi Mauium heredem ſcripſerit* quod verbum futuri temporis ſubiunctiui eſse poſset perinde ac præteriti,cùm in tota formula nihil aliud eſt,quod ad præteritum tempus referatur.

ERROR NONVS.

De Triboniani manu agnita in d.l.hoc articulo.

ILLVD planè non poſſum prætermittere, eandem me Triboniani manum agnoſcere *in d.l.hoc articulo* ab illis verbis *in quo puto teſtatoris mentem reſpiciendam* ad finem vſque. Nam cùm initio legis Pomponius ſcribat abſolutè, nec tam ex Labeonis quàm ex ſua ſententia hoc articulo *quiſque* omnes ſignificari. non potuit ille dubitare quin ea in ſpecie quam ſubiũgit ex Labeone idem ſenſerit quod Labeo, ſcilicet teſtatore ita locuto *Titius & Seius quanta quiſque eorum ex parte heredẽ me habuerit ſcriptum,heres mihi eſto.*niſi omnesiam tum habeant heredem ſcriptum teſtatorem neutrum heredem eſſe poſſe ,quoniam ad omnium factum ſermo referatur,cui etiam conuenit quod ſcriptum eſt *in l. neceſſarias* 8. §. *ſi annua D.de pignor.act.* Neque ſanè ex ratione iuris aliter dici poteſt. At quoniam ea ſententia durior Triboniano videbatur exiſtimanti æquius eſſe ac humanius, vt ſi ex heredibus qui teſtatorem ſuum ex aliqua parte heredẽ

ſcri-

ſcripſerit non debeat nocere,quod alius non æquè ſcripſerit, vt hanc ſuam humaniorem & æquiorem ſententiam inſinuaret, commutauit primùm ſententiam Pomponij & Labeonis ſubnixam vero & aperto ſenſu verborũ de quo nec dubitari probabiliter poterat, in quæſtionem voluntatis per hæc verba *in quo puto teſtatoris mentem reſpiciendam.* Quamquam eſſet hoc tolerabile ſi in eo conquieuiſſet.Certum enim eſt in condicionibus teſtamentorum interpretandis, voluntatem teſtatoris potiſſimùm ſpectandam eſſe *l. in condicionibus* 19.*l.pater Seuerianam* 101.*in princip.de condic.& demonſtr.* Dummodò addamus, Ei tamen incumbere onus probandi qui alleget voluntatẽ diuerſam à proprio ſenſu verborum *l. non aliter* 69. *de leg.*3.*l.Labeo* 7.*de ſupell.legat.*Sed non in eo conquieſcit Tribonianus, At poſtquam ex quæſtione verborum ſi quæſtio dici poteſt de indubitabili fecit quæſtionem voluntatis,Statim ſubiicit humanius eſſe, eum quidem qui teſtatorem ſuum heredem ſcripſerit in tantam partem heredem ei fore, Qui autem non ſcripſerit nec ad hereditatem eius admitti. Quod ſi ita eſt fateamur ergo non ſolùm falſam eſſe Labeonis ſententiam qui hoc caſu neutrum heredẽ eſſe volebat, ſed etiam falſum eſſe quod ex ſuo ingenio Pomponius initio legis præfatur hoc articulo *quiſquis* omnes ſignificari, Et ita Pomponium non modò à Labeone ſed à ſeipſo quoque tandem diſſentire. Hoc verò quis tam facilè poſſit credere? Taceo quod humanitates iſtas ſolet paſſim captare Tribonianus vt iuris rationem eludat, quodq́; parum elegans videtur tota hæc additio quam adſcribimus Triboniano.

ERROR DECIMVS.

BIBLIOTECA NAZ. ROMA VITTORIO EMANUELE

De ſententia l.ſi plures 6.C.de condic.inſert.

TRIBONIANVM proculdubio fefellit Iuſtiniani conſtitutio cuius ille autor fuit & quę extat *in l.ſi plures 6.C.de condic.inſert.*vbi ſancitum eſt vt ſi plures perſonæ vnam eandémque condicionem implere fuerint iuſſæ,& eam alij quidem compleuerint,alij verò neglexerint,hi quidem qui compleuerunt vocentur ad lucrum, qui verò neglexerunt, ſibi imputent ſi ab huiuſmodi commodo repellantur. Nec animaduertit Tribonianus,nouam illam conſtitutionem præterquàm quod à vera iuris veteris ratione abhorret quæ non minùs exigit vt pluribus cõiunctim adſcripta condicio ab omnibus impleatur, quàm vt ſi plures coniunctim vni adſcriptæ ſint omnes impleantur *l.ſi heredi plures* 5.*de condic. inſtit. l. cùm pupillus* 78. §. 1. *de condic.& demonſtr.*ad hunc Pomponij & Labeonis caſum accommodari nullo modo poſſe. Eſt enim Iuſtiniani conſtitutio de adſcripta pluribus condicione quæ verè ſit condicio,id eſt quæ collata ſit in tempus futurum: Et habet colorem illum æquitatis quòd durum videatur & inhumanum, vt ex facto & culpa eius qui condicionem ex parte ſua implere neglexit, noceatur ei qui ex parte ſua impleuit. At Labeo & Pomponius eum caſum tractant quo condicio nulla verè ſit, ſed figura tantùm quædam condicionis vtpote collatæ in tempus præteritum non in futurum,quæ condicionis poteſtatem numquam obtinet *l.itaque* 39.*cum duab.praeced.D.de reb.credit.* vbi dicitur condiciones iſtas in

præſens aut præteritum tempus collatas vim ſuſpenſiuam non habere in quo tamen præcipua condicionis poteſtas conſiſtit. Proinde non poteſt in hac ſpecie locus eſſe ſupra dictæ æquitati, nec ipſi Iuſtinianeæ conſtitutioni cùm implendæ condicionis voluntas aut noluntas nulla eſſe poſſit in ea re quam iam antea factam fuiſſe neceſſe eſt vt condicio impleta videatur. Denique tractat Pomponius de condicione quam ipſo iam teſtamenti tempore teſtator voluerit vel impletam eſſe vel non impletam & quidē ab ignorantibus condicionem, adeóque impletam non animo implendæ condicionis, cùm non potuerint Titius & Seius eo tēpore quo teſtabātur diuinare futurū vt ab alio heres quiſquā eorum ſcriberetur ſub ea cōdicione, ſi viciſſim eorum quiſq; teſtatorem iam tum heredem ſcripſiſſe inueniretur, Nec proinde poſſis ei imputare qui alium heredem ſcripſit cur teſtatorem hunc heredē non ſcripſerit, & condicionē nondum iniunctam implere neglexerit vt ob eā causā priuādus ſit cōmodo inſtitutionis, ad quā potius admitti deberet cum nihil poſſit ei imputari, ſi vera eſt & accōmodata ratio quā adfert Iuſtinianus *in d. l. ſi plures*, propter quam debeat repelli ab hereditate is qui condicionem non impleuit, nimirùm quòd imputare ſibi debeat cur eam implere neglexerit. Iuſtinianus verò tractat de condicione implenda poſt teſtamentum, ex teſtatoris voluntate, ac proinde quam etſi iam impleta eſſet ante teſtamentum, iterum tamen impleri oporteret *l. ſi iam facta 11. De condi. & demonſtr.* & cuius implendæ vel non implendæ arbitrium fuerit in eorum poteſtate quibus adſcripta condicio eſt, vt lucrum ſentiat qui impleuit, non etiam qui neglexit, cùm imputari huic poſſit quòd neglexerit, qui poterat implere ſi voluiſſet. Quamquam ſi verum amamus non eſt hæc vera ratio & germana propter quam repelli debeat is qui condicionem non impleuit, Nempe quòd non impleuerit eique imputari poſſit, ſed illa ſola quod condicio impleta non ſit. Adſcripta enim condicione aliqua de hoc tantùm quærendum eſt an de facto impleta ſit necne, non de illo etiam cur impleta non ſit, & an imputari aliquid poſſit ei qui non impleuit, Niſi cùm is qui implere debuit, voluit, nec tamen potuit quia per quem alium ſteterit vt in *l. iure ciuili 24. eod. tit. l. in omnibus 59. l. in iure ciuili 161. de reg. iur.* Neque tam debuit Iuſtinianus laborare *in d. l. ſi plures*, vt rationem redderet, cur ab inſtitutionis commodo repelli debeat is qui condicionem non impleuit, cùm ratio iuris non ſolius æquitatis eum repellat, Quàm vt rationem redderet eius noui iuris, quod conſtituit contra ius vetus vt is qui ex parte ſua impleuit condicionem quæ pluribus coniunctim adſcripta, & à pluribus coniunctim quoque implenda fuerat, perinde admittatur tametſi ſolus ille impleuerit, atque ſi alius etiam ex parte ſua impleuiſſet. Repugnabat enim certe ratio, nec tantùm ſtricti iuris ſed etiam voluntatis contra quam nulla vnquam æquitas vrgere poteſt. Opponitur námq; æquitas ſummo & ſtricto iuri, non autem voluntati. Excipitur tantùm is caſus quo libertas pluribus data ſit ſub aliqua huiuſmodi condicione indiuidua, vt puta *Si inſulam ædificauerint*, vel *ſi ſtatuam poſuerint.* Tunc enim altero faciente magis eſt vt videatur ſatisfactum voluntati vt is ſaltem qui ſatisfecit ad libertatem perueniat, Niſi aliud teſtator expreſſerit, quomodo ſcriptum eſt *in l. ſi ita fuerit 13. in princip. D. de manum. teſtam.* Nam in aliis rebus aliud iuris eſſe apparet *ex § 1. eiuſ. leg.* vbi ſcriptum eſt Si fabris duobus vel pictoribus quid adſcriptum ſit ſub vnica illa condicione, *Si membrum domus depinxiſſent*, vel *Si fabricaſſent nauim*, quoad

alter

Digitized by Google

alter ceſſat, alteri quoque etiamſi facere maximè paratus ſit condicionem deficere, Niſi ex his quæ ſcripſit vel dixit teſtator oſtendatur contentus eſſe alterum facere. Etſi videtur Vlpianus eo loco de hoc dubitaſſe, quaſi quæſtio eſſet voluntatis potiùs quàm iuris. In quo etiam Triboniani manũ agnoſco, qui dubitantem Vlpianum fingit vt quaſi in quæſtione voluntatis aperiat viam nouæ cõſtitutioni. Nec enim alius Vlpiani locus eſt in libris noſtris ad quem ea Iuſtiniani conſtitutio referri poſſit. Dixi autem de condicione indiuidua, quoniam ſi eſſet diuidua, puta ſi in danda pecunia conſiſteret, iam olim ita ius erat vt ex pluribus quibus adſcripta erat condicio is qui partem ſuam dediſſet, ad partem quoque rei legatæ admitteretur *l. ſi quis legata 54. §. vlt. De condic. & demonſtr.* Atque ita Accurſius quoque & Bartolus ſentiunt.

ANTONII FABRI I.C. SEBVSIANI SENATORIS SABAVDIENSIS, ET IN GEBENNENSIS DVCATVS AVDITORIO PRAESIDIS

DE ERROR. PRAGMAT. ET INTERPR. IVR.

DECAS LII.

ERROR PRIMVS.

De fideicommiſſis captatorijs.

QVEMADMODVM poteſtas Senatuſconſulti quod de captatorijs inſtitutionibus improbandis factum fuiſſe diximus in præcedentibus, tracta eſt per interpretationem prudentum ad legata captatoria *l. captatoria 64. de legat. 1.* Ita nec dubitant interpretes noſtri quin ad fideicommiſſa quoque porrigi debeat, Non ob id ſolùm, quòd in omnibus & per omnia, vt putant, exæquata ſint legata fideicommiſſis *l. 1. de legat. 1. l. 1. C. commun. de legat.* Sed etiam quia non magis æquum ſit fideicommiſſa quàm legata in alterius voluntatem conferri *l. nonnumquam 52. D. de condic. & demonſtr. l. vtrum 7. §. 1. de reb. dub. l. fideicommiſſa 11. §. quamquam autem de legat. 3.* Sic enim ſemper ſupponunt Captatoriam voluntatem eſſe omnem eam, quæ in alterius arbitrium conferatur, puta ſi teſtator fideicommiſſum ita reliquerit *Rogo te Titi vt hereditatem meam reſtituas Sempronio ſi volueris* aut etiam hoc modo, *Si Mæuius voluerit*, quam ſpeciem voluntatis certum eſt non valere præterquàm fauore liber-

Digitized by Google

tatis *l. fideicommiſſa 46. D. de fideic. libert.* Ego autem etſi non nego inane fideicommiſſum eſſe quod poſitum ſit in nutu & voluntate heredis, Nego tamen ideò eſſe captatorium, multóque minus ſi in alterius, quàm heredis voluntatem conferatur, Nego fieri vllo modo poſſe, vt fideicommiſſum vllum ſit captatorium, & vt Senatuſconſultum quo captatoriæ inſtitutiones improbatæ ſunt, porrigi poſſit ad fideicommiſſa, licet à prudentibus fuerit porrectum ad legata. Mouet me illud primùm quòd cùm in iure noſtro fiat mentio captatoriarum inſtitutionum, itémque captatoriorum legatorum, nuſquam tamen fit mentio captatorij fideicommiſſi. Fit quidem perſæpe mentio fideicommiſſi in heredis, aut alterius arbitrium collati. Et hoc nimirum eſt quod interpretes omnes decepit, ſed non quaſi captatoria ſint eiuſmodi fideicommiſſa, quæ in alterius voluntatem conferuntur. Omnis voluntas captatoria quæcunque tandem illa ſit confertur ad ſecretum alienæ voluntatis, Sed non è conuerſo, voluntas omnis quæ in ſecretum alienæ voluntatis confertur captatoria eſt, at illa tantùm quæ ideò confertur vt perſona aliqua captetur ad hereditatem vel quid aliud relinquendum ipſi teſtatori, aut alij cuius gratia captare teſtator velit, vnde & ſuum nomen captatoria voluntas ſumpſit, Vt videre eſt in omnibus illis exemplis quæ capite præcedenti attulimus ex ijs locis quos libri noſtri habent de captatoria inſtitutione. Neque verò exiſtimandum eſt, quod exiſtimarunt interpretes, captatorias inſtitutiones à Papiniano definiri *in l. captatorias 70.* ijs verbis *ſed eas, quarum condicio confertur ad ſecretum alienæ voluntatis* quaſi captatoriæ inſtitutiones ſint omnes illæ quæ condicionem habent in alienæ voluntatis ſecretum collatã: ſed voluit Papinianus eã qualitatẽ exprimere non quæ ſola faceret inſtitutionẽ captatoriã, ſed quæ ſola faceret vt ea inſtitutio eſſet à Senatu improbata. Nõ.n. Senatus omnes captatorias inſtitutiones improbauit, puta illas quę mutuis affectionibus mutua teſtatorũ iudicia prouocauerũt, ſed eas tantùm per quas perſona ſic captatur vt inſtitutionis condicio in ſecretum alienę voluntatis conferatur. Aliud ergo eſt quærere quænam captatoria inſtitutio dicenda ſit, Aliud verò quænam improbata. Captatoriæ inſtitutionis ſubſtantia in eo tantum conſiſtit quòd perſona heredis inſtituti captatur vt vel hereditatem vel legatum relinquat teſtatori aut alij cui teſtator non minùs quàm ſibi fauere velit. Sed cùm ex huiuſmodi captatorijs inſtitutionibus aliæ eſſent quæ conferuntur ad ſecretum alienæ voluntatis, Aliæ quæ non conferuntur, voluit Papinianus docere, Non omnes à Senatu improbatas fuiſſe, ſed eas tantùm quæ prioris ſunt generis. Cæterùm etiam inſtitutiones illæ quæ conferuntur ad ſecretum alienæ voluntatis poſſunt non eſſe captatoriæ, quamuis non poſſint eſſe non improbatæ, puta ſi teſtator dixerit *Ille quem Titius volet heres eſto* vt *in l. illa inſtitutio 31. de hered. inſtit.* aut quod effectu idem eſt *Sempronius heres eſto ſi Titius volet.* Nam neque hæc, neque illa inſtitutio valet, non magis quàm ſi eſſet captatoria, ſed quia contra iuris veteris regulas pendet ex alieno arbitrio, non quia ſit captatoria, Ideóque non à Senatu improbata eſt quomodo captatoriæ illæ quæ non niſi poſt Senatuſconſultum cœperunt eſſe improbatæ, ſed ab ipſis antiquis prudentibus, vt ſcriptum eſt in *d. l. illa inſtitutio*, & nos diximus in præcedentibus. Sed & cùm captatoriæ inſtitutiones etiam illæ quæ in alienæ voluntatis ſecretum conferuntur, non tam à iuris ratione quàm à Senatu improbatæ ſint, ita vt ante Senatuſconſultum valerent iure ciuili (alioqui fruſtra factum fuiſſet Senatuſconſultum ad

eas

Digitized by Google

eas improbandas) intelligimus non potuiſſe Senatum cogitare de improbandis fideicommiſſis captatoriis, nec ſi aliqua poſſent fingi talia fideicommiſſa, ſiquidem numquam fuerunt fideicommiſſa iuſta & legitima, id eſt iuri ciuili ac legibus cognita & adprobata, qualia tamen fuiſſe oporteret vt à Senatu improbarentur, ſed pendent tota ex iuriſdictione prætoris. *l. 3. D. ſi vſusfr. petet. & Tit. de codicill. Inſtit.* In quo maximè differunt à legatis, de quibus etiam aliquid ſeparatim nobis dicendum eſt.

ERROR SECVNDVS.

De legatis captatoriis ad l. captatoria 64. de leg. 1.

CVm lex duodecim tabularum de legatis locuta eſſet ad ea confirmanda verbis illis generaliſſimis *Paterfamilias vti ſuper ſua re legaſſit, ita ius eſto* fieri non poterat vt etiam illa, quæ captatoria eſſent non valerent ſi non eſſent à Senatu aut ſaltem à prudentibus Senatuſconſultum interpretantibus & quaſi ex mente Senatus improbata *d. l. captatoriæ 64. de legat. 1.* Ideóque quod Senatus conſtituerat in captatoriis tantùm inſtitutionibus, prudentes traxerunt per interpretationem ad legata captatoria vt ſimiliter ea improbarent *d. l. captatoriæ*: *Similiter* inquam id eſt eadem ratione qua Senatus improbauerat captatorias inſtitutiones, & iiſdem caſibus. Ergo non alia legata quàm quorum condicio collata ſit in ſecretum alienæ voluntatis. Ergo nec alia quàm condicionalia. Nec rurſus alia quàm quorum condicio ſic collata in alienam voluntatem ita cohæreat legato vt ab eo ſeparari nullo modo poſſit, puta ſi teſtator ita ſcripſerit: *Quanta hereditatis ſuæ partem Titius mihi legauerit, tantam ei ex mea do lego*, aut etiam ſi voles *Quantam Titius ex fundo ſuo Corneliano partem mihi legauerit, tantam ei ex fundo meo Semproniano do lego.* Nam ſi poneres teſtatorem ita ſcripſiſſe *lego Titio fundum Cornelianum, ſi me heredem inſtituet*, aut ita *ſi legauerit mihi Sempronianum* faterer equidem captatorias eſſe huiuſmodi condiciones, ideóque poſt Senatuſconſultum quod de captatoriis inſtitutionibus factum eſt, etiam in legatis improbandas: ſed negarem tamen improbata & inualida eſſe talia legata, quippe quorum nihil vetet reiici condicionem, ſaluo nihilominùs & puro manente legato, perinde ac ſi ſub alia qualibet condicione vel improbata vel impoſſibili relicta eſſent, quomodo circa inſtitutiones diſputauimus in ſuperioribus *ex l. 1. l. filius 15. D. de condic. inſtit. l. 3. de condic. & demonſtr.* Denique eandem in omnibus & per omnia conſtituo rationem inſtitutionum & legatorum, quod pertinet ad cauſam iſtam voluntatis captatoriæ, quia tam iuſta & cognita erant legata quàm inſtitutiones iure ciuili, ſi non eodem iure ciuili fuiſſent improbata. Et conſequenter ſi ponas legatum ita relictum fuiſſe vt ſiue ex heredis ſiue ex alterius arbitrio pendeat dicam non valere: Non propter autoritatem Senatuſconſulti, nec propter adhibitam à prudentibus ad Senatuſconſultum interpretationem, ſed ex illa eadem iuris veteris regula quæ ſimiles quoque inſtitutiones nullas & vicioſas facit. Nempe quòd teſtamentorum iura ipſa per ſe firma eſſe oporteat non ex alieno arbitrio pendere *d. l. illa inſtitutio.* Quod cùm ita ſit non abs re quis miretur, quare fuerit neceſſarium Senatuſconſultum ad improbandas eas inſtitutiones quę collatæ

Digitized by Google

eſſent in ſecretum alienæ voluntatis,cùm iuris veteris regula in eam rem ſufficere videretur.Sed iam diximus in præcedentibus regulam iuris ad eas tantùm voluntates pertinere quarum ſubſtantia ipſa,Senatuſconſultum verò ad eas quarum ſola condicio confertur in ſecretam alterius voluntatem:condicio autem non quomodolibet concepta, ſed ita vt ab ipſa diſpoſitionis ſubſtantia ſeparari non poſſit.Cùm igitur tam in inſtitutionibus,quàm in legatis generale ac perpetuum illud ſit,vt captatoria voluntas ex eo ſolo æſtimetur ſi qua perſona captata ſit per inſtitutionem,aut per legatum, vt viciſſim vel hereditatem vel legatum teſtatori ipſi, aut alteri contemplatione teſtatoris relinqueret, apparet nihil tale in fideicommiſſis tractari poſſe. Nimirum quia cùm fideicommiſſa pendeant à fide heredis, ſi originem eorum inſpicias & tempus illud quo ea nullo iuris vinculo continebantur, cùmq; etiamnum facto aliquo heredis opus ſit vt fideicommiſſi reſtitutio fiat, omnino conſequens eſt vt non aliter poſſit quis vel ſolo intellectu fingere ſibi fideicommiſſum vllum captatorium, quin neceſſe ſit captari perſonam heredis cuius facto & voluntate opus erit ad fideicommiſſum conſequendum. Perſona ſiquidem illa propriè eſt quæ captatur,non vt vulgò exiſtimant ſola hereditas,aut ſolum legatum,aut quid aliud ſimile, cuius conſequendi auiditate moueatur quis ad captandam perſonam. Quod appoſitè Martialis expreſſit diſticho illo lib.6.Epigramm.

Scis te captari,ſcis hunc qui captat auarum,
Et ſcis quid captet,quid Mariane velis.

Sicut è contrario licèt captatio nulla fiat quin vel hereditas vel legatum vel quid aliud interueniat, cuius capiendi auiditate velut hamo aureo capiatur is qui captatur,*l.1.D.ſi quis aliq.teſtar. prohib.l.ſi maiores 25.C.de tranſact.* vt & emolumenta negotiationibus captari dicuntur *in l.1.C.de commerc.*non tamen hereditas ipſa eſt quæ captat,nec legatum, ſed perſona illa quæ vel hereditatem vel legatum alteri relinquit.Nec enim ſine aliquo munere, & quidem quod maioris precij eſſe videatur,fit captatio.Et hoc ipſum munus eſt quod nos captatorium appellamus, & quod improbatum eſſe dicimus, ſiue hereditatis munus illud ſit,ſiue legati.

ERROR TERTIVS.

De formulis legatorum & fideicommiſſorum captatoriorum.

FINGE igitur ita eſſe relictum fideicommiſſum, *Rogo te mi heres vt hereditatem meam Titio reſtituas,quanta ex parte is heredem ſuum rogabit vt mihi ſuam reſtituat.* Dico non poſſe hoc fideicommiſſum videri captatoriũ, quia Titij heres per cuius manus teſtator hic fideicommiſſum percipere debeat nõ potuit per teſtatorem captari. Hoc verò cur ita? Nempe quia heredis perſona eſt incerta,cùm ſciri nequeat quis Titio heres futurus ſit, *l. ſciendum 70. de verb.ſignific.l.qui ex liberis 8.§.vlt.De vulg.& pupill.ſubſtit.* quod tamen certò ſciri neceſſe eſſet vt eius perſona captaretur. Nec eſt, quòd quis replicet captatam ſupradictis verbis perſonam Titij quæ eſt certa, cùm ſufficiat relinqui à Titio fideicommiſſum vt ab eius herede quiſquis ille futurus ſit, debeatur,

beatur,

beatur, neque eſſe neceſſarium vt heredis perſona captetur, qui recuſare non poſſit quominùs fideicommiſſum ſibi iniunctum præſtare teneatur. Nam etſi captatam quis admiſerit Titij perſonam, vt fideicommiſſum ab herede ſuo relinqueret, inanis tamen & inutilis eſt ea captatio, ſi non heredis quoque perſona captetur, cuius voluntas & opera æquè neceſſaria eſt ad fideicommiſſum reſtituendum: Inſpecto ſcilicet initio & prima illa origine fideicommiſſorum, quæ haud dubiè ſpectanda ſemper eſt cùm de illorum iure, natura, & condicione tractatur. Qui enim captat id agit vt commodum quod aucupatur ſibi certum faciat in eum caſum quo captatoriæ voluntatis condicionem impleri contingat, vt puta ſi ſic ſcripſerit, *Qua ex parte Titius me heredem inſtituet, ex ea parte heres mihi eſto.* Nam hic neque alia neque alterius vllius indiget voluntate, vt Titio ſit heres, ſi modò erit ſuperſtes, quomodo ſuperſtitem eſſe ponendum neceſſariò eſt, vt poſſet fieri locus quæſtioni de captatoria voluntate, cùm alioqui etiam remoto vicio captationis non eſſet quærendum de validitate inſtitutionis quæ præmortuo herede facta eſſet quaſi caduca vt neque ſi condicio eius defeciſſet *d. l. Clemens §. 1. D. de hered. inſtit.* At in formula fideicommiſſi captatorij quam attulimus, nihil egit teſtator ſi non heres quoque Titij reſtitutioni fideicommiſſi conſentiat, qui porrò vt conſentiat nulla ciuili actione cogi poteſt, ſed tantùm ex imperio & iuriſdictione prætoris fideicommiſſarij, ad quem ſpectat initio fideicommiſſorum. Non eſt igitur quod de fideicommiſſo captatorio in ſupraſcripta formula tractari poſſit. Multo minùs verò ſi ponas condicionem fideicommiſſi huius illam fuiſſe, vt vellet teſtator rogari heredem Titij, non de hereditatis parte reſtituenda ſed de re ſingulari, cùm ſi heres Titij, vt tale fideicommiſſum eluderet, adire hereditatem nollet, cogi non poſſet ad adeundum neque ex ſenatuſconſulto Pegaſiano, neque ex imperio Prætoris, cùm fide commiſſarius ſingularis non ſit iuris ſucceſſor, *l. non eſt cogendus 52. D. ad SC. Trebell.* atque ita nihil prodeſſet teſtatori quòd Titium captaſſet, non captato Titij herede. Dices, eandem rationem habituram locum in legato, quia non magis cogi heres poteſt vt adeat hereditatem ob legatum, quàm ob fideicommiſſum, quia nec magis ſucceſſor iuris eſt legatarius, quàm fideicommiſſarius. *l. quadam 9. §. nihil intereſt. D. de edend.* Et tamen certum eſt legatum captatorium non valere, ſicut nec inſtitutionem. *d. l. captatoria.* At reſpondeo, cùm de legato captatorio tractamus, non ita concipiendam eſſe formulam exempli vt teſtator dixerit *Lego Titio fundum Cornelianum, quanta ex parte ille mihi legabit fundum Sempronianum.* Eadem videlicet ratione, quã in fideicommiſſo vſurpauimus, quod eſſet in poteſtate heredis Titiani facere ne teſtator hic haberet vnquam fundum Sempronianum. Non quidem eo caſu quo adiretur hereditas per Titij heredem (tunc enim tranſiret legatum recta via à teſtatore in legatarium nunquam factum heredis cuius proinde facto nullo eſſet opus, *l. legatum 80. de legat. 2.* in eóq; differret legatum à fideicommiſſo) Sed eo demum caſu quo recuſaret heres adire hereditatem, non enim magis cogi poſſet ad adeundum propter legatum quàm propter fideicommiſſum *d. l. non eſt cogendus.* Atque ita eſt in poteſtate heredis inſtituti facere vt legata corruant ſi ius illud vetus inſpicias quod obtinuit toto iure Digeſtorum & Codicis ante nouell. 1. *De hered. & falcid.* quæ ipſi etiam legatario, recuſantibus heredibus & fideicommiſſariis adeundæ hereditatis poteſtatem fecit. Quomodo igitur concipiemus formulam legati

Digitized by Google

captatorij? Hoc nimirum modo *Qua ex parte Titius me heredem inſtituet, ex ea parte hereditatem meam aut fundum meum Sempronianum ei do lego.* Vt nimirum non alterius quàm Titij voluntatem exquirendam habeat teſtator qui legato Titium captauit: Et de hac demum formula legati accipienda eſt *d.l.captatoriæ*, non de illa, cuius condicio collata in ſecretum voluntatis Titij non aliter poſſit exiſtere, quàm ſi ad voluntatem Titij accedat voluntas quoque heredis ipſius. Replicabis, Poſſe igitur ſecundùm hanc formulam fideicommiſſum quoque captatorium fieri hoc modo *Qua ex parte Titius me heredem inſtituet, rogo te mi heres vt ei partem tantã hereditatis meæ reſtituas* cùm hoc caſu non ſit habitura locum ea ratio quam in ſuperioribus attulimus ex incertitudine perſonæ heredis, Titij, qui non alius ſaltem ex parte futurus ſit, quàm captator ipſe. Reſpondeo ineptam fore hanc formulam captationis, Quis enim captari ſe tam iniqua condicione pateretur, vt hereditatem ſuam verbis directis & iure inſtitutionis daret ei, à quo viciſſim nihil niſi fideicommiſſum ſperare poſſet accipiendum neceſſariò per manus heredis recuſaturi fortaſſe aditionem hereditatis, aut fideicommiſſi reſtitutionem per longiores moras & tergiuerſationes dilaturi? Sicut enim qui captat id agit quantùm poteſt, vt lucrum quod ſperat, ſibi certum faciat, ita curare debet ad promerendam eius qui captatur voluntatem, vt non maius beneficium ab eo ſperare videatur, quàm quod in eum conferre velit. Minus autem confert qui dat fideicommiſſum pro inſtitutione. An non & ille, inquies, qui pro inſtitutione dat legatum? Nam nec legata tam pleno honore conferuntur, quàm hereditates quæ per inſtitutionem relinquuntur. *l. filium* 5.*§. ſed etſi portio D. de legat. præſt.* Minimè verò, inquam. Non enim de honore ſollicitus eſt ſed de lucro potiùs & commodo, quiſquis & captat, & captari ſe patitur. Legatum autem non minùs lucri adfert & commodi quàm inſtitutio, imò plus interdum, quia non poteſt legatum non eſſe lucroſum, hereditas autem damnoſa eſſe poteſt. *l. ſi hereditatem* 32. *D. mandat. l.* 4. *D. ad SC. Trebell.* Poteſt igitur legatum eſſe captatorium, ſed fideicommiſſum non poteſt.

ERROR QVARTVS.

De teſtamento coniugum ſimul teſtantium.

ACCIDIT aliquando, vt coniuges præſertim qui liberos communes habent, ſimul teſtentur, & quidem ita vt bona omnia paterna in ſolidum ad quoſdam ex liberis pertineant, ad alios verò materna. Quo caſu ſi, quod euenit ſæpenumero, altero ex coniugibus in ea voluntate defuncto ſuperſtes alter mutet teſtamentum, & alios heredes ſcribat, dubitatio eſt non inelegans vtrius teſtamenti potior cauſa eſſe debeat, an prioris quod ab vtroque coniuge ſimul factum fuit, an poſterioris per quod re amplius non integra reuocatum eſt prius. Item ſi reuocatio valeat, quonam iuris remedio ſuccurri poſſit liberis, qui ex eo facto læſi nihilque aut ex paternis aut ex maternis bonis habere inueniuntur. Proximè autem accedit hic tractatus ad ſuperiorem De voluntate captatoria, quaſi etiam captatoria videantur huiuſmodi teſtamenta, per

Digitized by Google

ta, per quæ ſcilicet fit vt contemplatione inſtitutionis per vnum ex coniugibus factæ, alter coniugum eos inſtituat heredes, quos alioqui veriſimiliter inſtiturus non eſſet. Sed tamen ſi propiùs inſpicias, apparet ſatis ex præcedentibus nihil eſſe in hoc teſtamentorum genere, quod de captatoria voluntate tractari poſſit, cùm neutrius inſtitutionis condicio in ſecretum alienæ voluntatis conferatur, adeóque nec in futurum tempus, ſed in præſens, vtroque ſcilicet coniuge ſimul teſtante ac voluntatem ſuam declarante, & laudabili, vt videtur, conſilio id teſtandi genus eligente per quod communibus liberis meliùs conſulatur facta inter eos commodiore bonorum paternorum & maternorum diuiſione, quàm fieri poſſet ſi de bonis ſuis ſeparatim quiſque ex coniugibus inter omnes liberos ſuos teſtandum haberet. Quanquam nec deſunt qui alia mente ita teſtari malint, vt nimirum teſtamentum firmius fiat, neque ab eo qui ſupererit ex coniugibus reuocari poſſit, tanquam factum intuitu & contemplatione inſtitutionis factæ ab alio coniuge qui prædeceſſit, quíque teſtamentum ſuum mutare ampliùs non poteſt. Ea ſiquidem omnium actuum correſpectiuorum & correlatiuorum natura & condicio eſt, vt ſiue confirmato ſiue deſtructo vno, confirmari quoque & deſtrui neceſſe ſit alterum. Sic enim iſti ratiocinantur, vt quia morte coniugis prædefuncti omnimodo confirmatum eſt eius teſtamentum, ita vt reuocari ampliùs non poſſit, pariter dici oporteat eodem inſtanti confirmatum etiam eſſe teſtamentum ſuperſtitis, quod alioqui ſine manifeſta prædefuncti iniuria reuocari ampliùs non poſſit. Quæ tamen ratiō ſi bonam habet conſecutionem, vereor ne conſequentis falſitatem probet potiùs quàm veritatem. Nam ſi hoc teſtamenti genus pro eo habeas quod ab altero tātùm ex cōiugibus reuocari non poſſit, quódq; per mortē eius qui prior decedit omnino cōfirmari neceſſe ſit etiā quod ad bona ſuperſtitis, fatēdum neceſſariò erit hoc ipſo futurū vt ſuperſtiti cōiugi non ſuperſit libera teſtandi facultas, quam præripere ſibi potuerit ille teſtando cum coniuge prædefuncto. Atqui certum eſt nulla penitus pactione, nullóque remedio poſſe fieri vt ſibi quiſquam præripiat teſtandi facultatem, aut eius facultatis libertatem conſtringat, quoniam id contra leges foret, adeóque contra bonos mores. *l. pactum quod dotali* 15. *C. de pact. l. ſtipulatio hoc modo concepta* 61. *de verb. obligat l. ex eo* 4. *C. de inutil. ſtipul. l. cùm duobus* 52. *§. idem reſpondit D. pro ſocio.* Non igitur verum eſſe poteſt, vt præmoriente vno ex coniugibus, qui ſimul teſtati fuerint, teſtamentum vtriuſque ita confirmetur ſolius præmortui facto, vti ne qui ſupereſt reuocare ſuum poſſit. Et hæc ſanè receptior Doctorum ſententia & traditio eſt, ſuperſtitem coniugem ius habere reuocandi quandocunque ſui teſtamenti. Neque de hoc dubitat Petrus Peckius in ſuo illo tract. De teſtamentis coniugū lib. 1. cap. 18. Non magis quàm vt poſſint ambo coniuges ſimul & in eadem charta teſtari. In quo etiam omnes conueniunt poſt Baldū *in l. cùm antiquitas C. de teſtam. ex l. eo quod* 9. *C. ſi cert. petat.* Quod vtrumque affirmat & defendit Roder. Suarez *in repet. l. quoniam in prioribus C. de inoffic. teſtam.* in declaratione legis Regni *Limit.* 5. *incip. Quintò ſuperiori limitationi num.* 12. *verſ. Ego non dubitaui* ex Oldrad. *conſ.* 174. Itémque *num.* 14. vbi addit, ad euitandum hoc periculum reuocationis quam ſuperſtes coniunx facere poteſt optimum eſſe remedium, & vt ipſe loquitur optimam cautelam, quòd vir ſolus teſtetur, ita tamen vt diſponat de bonis quoque vxoris quæ huiuſmodi diſpoſitioni expreſſim conſentiat. Quia tunc,

Digitized by Google

inquit, teſtamentum viri prædefuncti confirmaretur ſolius viri morte, quantum etiam ad bona vxoris. Nec quicquam prodeſſet vxori, quòd poſtea mutaret voluntatem, cùm ſemel conſenſiſſet marito vt de bonis quoque vxoris non minùs quàm de ſuis diſponeret in teſtamento, perinde ac ſi diſpoſitioni in contractu factæ conſenſiſſet: quaſi inter hæc nihil penitus interſit, *ex l. ſicut 8. §. venditionis D. quib. mod. pign. vel hypoth. ſoluit l. cum alienã 10. vbi Bart. Bald. & Salic. C. de legat.* Quamquam ſunt etiam qui aliam cautelam proferant ad impediendum ne teſtamenti reuocatio per ſuperſtitem coniugem fieri poſſit, nempe vt vterque coniugum inducatur ad donanda quædam bona liberis communibus in eum caſum quo contingat teſtamentum reuocari, ipſis tamen liberis ſtipulantibus, vel notario, aliave perſona publica pro eis. Nam cùm ita fiat vt retineat ſibi quiſque ex teſtatoribus bona cætera de quibus teſtari poſſit, apparet nihil obſtare quominùs ſubſiſtat donatio. Quomodo ratiocinatur Peckius *dict. cap. 18. nu. 2. poſt Bald. in l. ſancimus C. de teſtam.* Albe. *in rubr. C. de donat.* Dec. *conſ.* 293. & Ioan. Dilect. *in tract. De art. teſtandi tit. 10. de mutat. teſtam. cautel. 2. num.* 5. Atque hoc poſterius remedium ſanè potentius & efficacius eſt quàm ſuperius. Impedit enim ne teſtamentum reuocari poſſit non modo à ſuperſtite coniuge, ſed nec à præmoriente, quin hoc ipſo confirmetur donatio certorum bonorum facta in hunc caſum qui per teſtamenti reuocationem euenit, ſiue prior ſiue poſterior decedat is qui reuocat teſtamentum. Ipſam tamen reuocationem non tam impedit præciſè ne fiat, quàm cauſatiuè vt noſtri loquuntur, ne pœnam reuocationis incurrat, qui haud dubiè ipſam incurreret, ſi non hoc metu prohiberetur, ne reuocaret. Et hac parte minus plenum eſt hoc remedium, quàm illud. Cæterùm nemo dubitat, quin prædefuncti coniugis teſtamentum valeat, ſi ſuperſtes coniunx non reuocauerit ſuum, qui caſus ſanè minorem dubitationem habet Sed etſi reuocauerit, ſiue viuo alio coniuge, ſiue iam defuncto, plerique putant idem eſſe, quaſi nunquam ſit præſumenda mutatio voluntatis, ne quidem in eo qui mutare debuit, niſi probetur. Mihi verò alia eſt ſempérque fuit ſententia. Huiuſmodi ſcilicet teſtamenta nullomodo, nullóque tempore valere, id eſt non modò ſi alterutrum teſtamentum reuocatum ſit, pręſertim mortuo iam altero coniuge qui ſuum mutare ampliùs non poſſit, ſed nec ſi vterque in eadem voluntate deceſſerit. Reuocato ſiquidem alterutrius teſtamento (quod vtiq; negari nõ poteſt quin ſit omnino reuocabile ex natura vltimæ cuiuſlibet voluntatis *l. ſi quis in principio 22. de legat. 3. l. 4 de adim. legat. l. cum hic ſtatus 32. §. pœnitentiam D. de donat. int. vir. & vxor.*) alterum quoque teſtamentum ideò reuocati neceſſe eſt quòd dubitari non poſſit, quin duo illa teſtamenta ſint correſpectiua & vnumquodque ipſorum factum contemplatione alterius. Maximè verò in ea ſpecie quam tractamus, cùm vterque coniugum ita teſtatus eſt, vt ſi ſolus teſtamentum ſibi ordinaſſet, longè aliter haud dubiè fuerit teſtaturus: quod euenit quoties liberi communes ita heredes inſtituuntur, vt alij habeant vniuerſa bona paterna, ex maternis verò nihil: Alij contrà, totum maternum patrimonium, nihil autem penitus ex paterno. Quis enim credat ita fuiſſe teſtaturum parentem qui ſine coniuge teſtatus fuiſſet? An non facilè fieri poteſt vt pater qui ſimul cum vxore ſua ſic teſtatus eſt, prudẽs & ſciẽs nihil reliquerit ei ex liberis, quem tamen magis diligebat? Videns ſatis ei conſultum eſſe per inſtitutionem à matre factam, cuius bona longè maioris ſint æſtimationis quàm paterna. Et contrà ſimiliter, vt mater nihil ex bonis

ſuis

Digitized by Google

ſuis dederit vni liberorum,cui meliorem partem datura fuerat,ſi non à patre longè opulentiore inſtitutum eum vidiſſet? Nam & ponendum eſt liberos omnes ab vtroque parente inſtitutos fuiſſe, ſed tamen ſic factam bonorum diuiſionem,vt paterna omnia ad vnum ex liberis,materna verò ad alium vniuerſa peruenerint. Alioqui ratione alia vtrumque teſtamentum eſſet nullum, nempe propter vnius ex liberis præteritionẽ. Nec minùs maternum, quàm paternum,poſtquam placuit Iuliano *in Nouell.115.Vt cùm de appell. cognoſc.§. aliud quoque capitulum*,vt non magis matri quàm patri liceat in ſuo teſtamẽto filium præterire, adeóq; nec exheredare niſi inſerta præteritionis vel exheredationis cauſa.Nos autem de iis parentũ teſtamẽtis tractamus,quæ ſuas omnes & intrinſecas & extrinſecas habeant ſollennitates,ac de quorum validitate nõ alia de cauſa dubitari poſſit,quàm quòd ſimul & correſpectiuè facta ſint,ita vt alterũ ab altero pendẽre videatur.Quo caſu fieri certè nequit,vt altero mutato non cenſeatur hoc ipſo mutatum alterum, etiamſi mutationis probatio nulla proferatur. Idem namque contingit in omnibus actibus correſpectiuis quorum poſito vel deſtructo vno alterum quoque poni vel deſtrui neceſſe eſt.*l.cùm te 6.C. de pact. int. empt.& vendit.l.1.C. de cupreſſ.libr.11.* Atque hoc demùm caſu locum habere videtur quod Alexander ſcripſit ad *l.cùm donationis 34.C.de tranſact.*in vnaquaque harum diſpoſitionũ ſubintelligi ſemper vulgarem illam clauſulam,*Rebus ſic ſtantibus*,quæ & aliis pleriſque caſibus ſubintelligi ſolet *l.quod Seruius 8.D.de condict.ob cauſ.l.cùm quis 38.in princip.l.ſi cùm Cornelius 82.D.de ſolut.*Etſi non ignoro eam Alexãdri ſententiam ab Alciato reprehenſam ad *l. licet 19. C. de pact. & ad d.l.cùm donationis 34. C.de tranſact.*Quaſi difficiliùs clauſula illa ſubintelligi poſſit in teſtamentis,quàm in contractibus,pręſertim ad ſubuertẽdum teſtamentum, ſed malè. Nihil enim hac parte poſſunt teſtamenta diſtare à contractibus quoties tractatur de actibus correſpectiuis.

ERROR QVINTVS.

De teſtamento coniugum per ſuperſtitem poſt alterius mortem reuocato.

QVamquam autem alterutrum teſtamentorum reuocatum eſſe ſufficit,vt alterius quoque ratio haberi nulla poſſit, tùm maximè tamen id obtinet, cùm reuocatio facta eſt à ſuperſtite poſt mortem prædefuncti. Nec enim res eo caſu integra eſt, cùm is qui præmortuus eſt, non perinde teſtamentum ſuum mutare poſſit,quomodo poſſet ſanè ſi adhuc viueret.Nec imputari poteſt ei qui deceſſit ante reuocationem facti ab alio coniuge teſtamenti,cur non prior ipſe teſtamentum ſuum mutauerit, quod imputari planè poſſet ei, qui reuocationi ſuperſtes nihilominus ſuum non mutaſſet.Nimirum ſi reuocationem ab alio factam ſciuiſſet:Alioqui non deberet ei nocere veritas facti alieni,quod ipſe probabiliter ignoraſſet. Sed tamen tùm quoque cùm reuocatio facta eſt ab altero coniugum,viuo adhuc coniuge ſiue ſciente ſiue ignorante reuocationem, idem iuris eſſe arbitror; vt alterius quoque coniugis teſtamentum videri debeat reuocatum, tametſi nulla voluntatis mutatio expreſſa proponatur. Quaſi credendus ſit is qui teſtamentum ſuum non mutauit ſic feciſſe,non tam vt in eadem voluntate decederet,quàm quòd ſciret,aut ſaltem crederet teſtamentum ſuum pro mu-

Digitized by Google

tato habendum eſſe hoc ipſo, quod alterum mutatum fuit. Habet enim res hæc naturalem intellectum, vt qui non erat ita teſtaturus ſi vel conteſtatorem nullum habuiſſet, vel diuerſam conteſtatoris ſui voluntatem prævidiſſet, nunquam credi debeat in ea voluntate perſtitiſſe ſi alius teſtator in ſua non perſtiterit. Neque vt puto facilè reperietur, qui cum Alciato hoc neget quod nos cum Alexandro defendimus. At ne Alexander quidem ipſe fateretur vnquam id quod pro vero ſuprà poſuimus, talia teſtamenta nullius eſſe momenti ab initio, etiamſi vterq; ex conteſtatoribus in eadẽ deceſſerit volũtate. Tota enim Alexandri ratio in eo poſita eſt, quod putat, & bene ſubintelligendam in huiuſmodi teſtamentis clauſulam *rebus ſic ſtantibus*, quæ effectum ſuum habere incipit, ſtatim atque ex alterutra parte ſtatus rei mutatus eſt per ſubſecutam reuocationem teſtamenti. Proinde ſi ponas neutra ex parte immutatum quicquam fuiſſe, fatentem habebis Alexandrum, nihil cauſæ eſſe cur non vtriuſque coniugis voluntas tanquam iuſta & legitima ſit ſeruanda. Me verò in contrarium fortiſſima illa iuris ratio mouet, quòd teſtamentorum omnium natura illa & condicio ſit, quinimò vltimarum omnium voluntatum, vt ſupremam cuiuſque hominis voluntatem neceſſe ſit omnimodo & irreuocabiliter confirmari aut eo inſtanti quo is moritur cuius voluntas eſt, aut nunquam: Nec in ſuſpenſo manere poſt mortem vltima voluntas poteſt, præſerim verò teſtamentum, ſcilicet quantum ad confirmationem, & ad hoc vt ea voluntas exitum habere quandoque poſſit & debeat. Nam quod ad effectum voluntatis, nihil vetat etiam poſt mortem induci ſuſpenſionem ex adiectione diei vel condicionis, ſiue tacitæ ſiue expreſſæ. Atque huius propoſitionis qua mouemur, & de qua nemo dubitat, ratio illa eſt, quòd ſicuti quandiu quis viuit voluntatem mutare poteſt, ideóque confirmari nequit vltima eius voluntas quæ an vltima futura ſit neſciatur: Ita ex quo inſtanti deceſſit, certum eſſe incipiat non poſſe illum ampliùs mutare voluntatem, vt proinde nec quicquam impediat, quominùs eo ipſo inſtanti confirmetur vltima voluntas quæcumque tandem ea ſit, ſi modò talis, quæ poſſit aliquando & debeat confirmari. Eſt enim legis poteſtas hoc caſu neceſſaria vt confirmentur non ſolùm teſtamenta & aliæ quælibet vltimæ voluntates, ſed ipſæ etiam hereditates nec minùs legitimæ quàm teſtamentariæ *l. lege obuenire* 130. *de verb. ſignific.* Inde eſt quòd teſtamenta captiuorum apud hoſtes defunctorum facta in ciuitate ante captiuitatem, quia confirmari non poterant per legem duodecim tabularum, quæ de ſolis ciuibus Romanis locuta fuerat, neceſſe fuit confirmari per legem Corneliam, inducta fictione vt qui apud hoſtes deceſſiſſent in ciuitate deceſſiſſe viderentur, at non ex die captiuitatis, ſed ex inſtanti mortis quo demùm tempore certum eſſe incipit nec redire ab hoſtibus captiuum poſſe, nec proinde voluntatem mutare *l. lex Cornelia* 28. *D. de vulg. & pupill. ſubſt. l. lege Cornelia* 12. *D. qui teſtam. facer. poſſ. l. filius familias* 18. *D. ad leg. Falcid.* Denique nemo poſſit dicere quo inſtanti confirmabilis ſit, vt ita dicam, vltima defuncti hominis voluntas, ſi non in ipſo mortis inſtanti confirmetur, quia certum eſt & collatam eam fuiſſe poſt mortem, & exinde reuocari ampliùs nunquã poſſe. Atqui, vt ad diſputationem noſtram redeamus, cùm vterque coniugum in eadem charta teſtatus eſt aliis atque aliis ex communibus liberis ſeparatim ſcriptis, iam diximus & poſſe illum qui ſuperſtes eſt, mutare voluntatem reuocato teſtamento, & ex eiuſmodi mutatione ac reuocatione

fieri

Digitized by Google

fieri vt prædefuncti coniugis teſtamentum quod ipſe mutare ampliùs non poteſt perinde tamen mutatum ac reuocatum intelligatur, ac ſi reuocatum à ſuo teſtatore fuiſſet, propter actuum, vt loquuntur, correſpectiuitatem. Ergo fieri nequit vt præmortui ſolius morte confirmetur ipſius teſtamentum, nec alio vllo tempore ante ſecutam ſuperſtitis quoque mortem: Cùm eo demùm inſtanti certum eſſe incipiat, neutrum teſtamentum mutari ampliùs poſſe. Nec quod ex facto ita euenerit vt coniunx vterque in eadem voluntate deceſſerit, facere poteſt, vt eo magis confirmatum videri debeat teſtamentum prædefuncti ex quo inſtanti deceſſerit. Non enim ex ſubſecuto euentu æſtimandum eſt ius teſtamenti, ſed ex eo ſtatu qui reperitur mortis tempore, vt ſi tùm ſit adhuc reuocabile quacumque de cauſa, non magis confirmari per legem poſſit quàm ſi teſtator adhuc viueret. Id enim facit etiam illa iuris antiqui regula, quæ vult teſtamentorum iura ipſa per ſe firma eſſe non ex alieno arbitrio pendêre oportere *l. illa inſtitutio 32. D. de hered. inſtit.* Proinde non tam illud inſpiciendum eſt an teſtator deceſſerit non reuocato teſtamento, quàm vtrum poſt eius quoque mortem reuocari teſtamentum adhuc poſſit: quod ſanè nullo caſu poteſt contingere ſi iuris rationem inſpicias, contingeret tamen in propoſita ſpecie ſi teſtamenta duorũ coniugum, eo quem diximus modo facta defenderentur. Alius verò tractatus eſt, ſi ponas ambos coniuges ſimul quidem & in eadem charta teſtatos, ſed ita vt alter alterum heredem inſtituerit, qui caſus eſt quem Alciatus tractat *in d. l. licèt 29. C. de pact.* In quo caſu vix vllam dubitationem res habet, quin prædefuncti coniugis teſtamentum in fauorem ſuperſtitis omnimodo confirmetur, tametſi teſtamentum ſuperſtitis hoc ipſo infirmetur, facta ſcilicet quaſi caduca inſtitutione per mortem heredis ab eo qui ſuperſtes reperitur, inſtituti. Quamquam enim mutua inſtitutio fuit, attamen non tam ſpe mutui lucri facta intelligi debet, quàm ratione mutuæ adfectionis, contra quam nihil fit præmortuò altero ex coniugibus, cùm vterque præuidere ab initio potuerit & debuerit, neceſſariò ſic euenturum vt alteruter præmoreretur: Vnde eſt quòd nemo dixerit captatorias eſſe huiuſmodi voluntates *l. captatorias 70. D. de hered. inſtit.* Extátque in hanc rem Imperatoris Valentiniani conſtitutio in Codice Theodoſiano *l. 1. De teſtam.*

ERROR SEXTVS.

Si vnus ex coniugibus ſimul teſtatis mutauerit voluntatem altero adhuc viuo ſed ignorante.

ILLE tantùm caſus dubitationem habere poteſt, Si alteruter coniugum ſic teſtatorum mutauerit voluntatem, & alium heredem inſtituerit viuo coniuge, & tamen ignorante. Si enim poneres mutatum à ſuperſtite teſtamentum poſt mortem prædefuncti coniugis, nihil vtique poſſet ei imputari qui ex neceſſitate id feciſſet, ac ob id ſolùm quòd eum quem ſperauerat heredem habere non potuiſſet. *arg. l. vlt. D. de hered. inſtit.* Rurſus ſi poneres mutatum ab vno ex coniugibus teſtamentum viuo quidem ſed ſciente altero coniuge, nulla dici poſſet facta iniuria coniugi, in cuius poteſtate fuit, in pœnam & ad exemplum mutatæ ab altero voluntatis, ſuam quoque mutare voluntatem,

Digitized by Google

& alium ſibi heredem ſcribere: quod ni fecerit de ſe potiùs conqueri debet, quod cùm aliud teſtamentum condere poſſet, ac deberet, maluerit tamen in priore decedere voluntate: Ex cuius perſeuerantia vrgens voluntatis coniectura ſumitur, quòd coniugem inſtituiſſet antea non tam intuitu & contemplatione mutuæ inſtitutionis ab altero coniuge viciſſim factæ, quàm abundantia adfectionis, de qua nec imminuta coniugis alterius adfectio imminuere quicquam potuerit. Sed cùm & ſuperſtite & ignorãte altero coniuge, alter teſtamentum ſuum reuocauit, hic verò caſus eſt de quo dubitari probabiliter poteſt. Si enim cum Alexandro ſentias in vtriuſque coniugis teſtamento ſubintelligendam eſſe clauſulam *Rebus ſic ſtantibus*, conſequens erit vt reuocato per ſolam pœnitentiam alterutro teſtamento, alterum quoque pro reuocato haberi oporteat, etiam tacente ipſo teſtatore, cui ſcilicet non poſſis imputare cur teſtamentum ſuum non æquè mutauerit, ſiquidem quam habuit mutandi eius cauſam ignorauit. *arg. l. tractabatur* 14. *D. de teſta. milit. l. ſicut certi* 9. *& ſeq. C. eod. l. Titius* 25. *§.* 1. *D. de liber. & poſthum.* At ſi cum Alciato dicas nõ eſſe tam facilè in teſtamento ſubintelligendam hanc clauſulam, ſed potiùs capiendam præſumptionem, quod ex adfectione proceſſerit inſtitutio, quàm vt de condicione inſtitutionis ab alio factæ implenda fuerit cogitatum, conſequens fiet, vt non eo minùs teſtamentum eius qui non reuocauit ſubſiſtere debeat, quòd alterum ſit reuocatum. Ego verò in hac ſpecie cum Alciato ſentio, qui in ſuperiore cum Alexandro ſentiebam. Ratio namque diſſimilitudinis euidens illa eſt, quòd in eo caſu quem priorem tractauimus de teſtamento à coniugibus ſimul facto in quo vnus ex liberis communibus à patre ſolus inſtitutus ſit in bonis paternis omnibus, alius verò in bonis maternis ſolus, apertiſſimum eſt, vt iam diximus neutrum ex parentibus ita fuiſſe teſtaturum ſi ſolus inter ſuos omnes liberos de bonis omnibus diſpoſuiſſet. Nec enim quiſquam adeò ſupinus eſt qui neſciat, aut ſaltem qui ſcire non debeat, parentibus liberum non eſſe ita diſponendi arbitrium; ſed vnicuique ex liberis partem patrimonij dandam eſſe, ſi non æqualem, eam tamen quæ ad legitimam ſit ſatis, niſi iuſta aliqua cauſa ſit filij vel exheredandi vel prætereundi, ſi teſtatoris perſona talis ſit cuius præteritio haberi debeat pro exheredatione. Alioqui futurum vt teſtamentum vel iniuſtum ſit & nullius momenti, vel per inofficioſi querelam reſcindendum. *l. parentibus* 8. *C. de inoff. teſtam.* Quis verò credendus eſt ita teſtari voluiſſe vt ſubijceret ſe periculo iniuſti vel irriti futuri teſtamenti? *arg. l.* 3. *D. de teſtam. milit. l.* 3. *C. de inoff. teſtam.* Cùm igitur certum ſit coniugem qui cum coniuge teſtatus eſt inſtitutis ab vtroque parente ſeparatim ſingulis liberis non ita fuiſſe teſtaturum ſi ſolus teſtatus fuiſſet, neceſſariò fatendum eſt irritum fieri debere vnius teſtamentum, quoties in eam cauſam deducitur vt ſolus is teſtatus fuiſſe videatur, quod contingit alterius teſtamento ſiue reuocato, ſiue qua alia ratione in irritum deducto. Et vt dicam apertiùs, videtur hoc caſu non niſi vnicum eſſe teſtamentum, quamuis duarum perſonarum, duarúmque hereditatum, Scilicet ob inſtitutos ſeparatim in ſingulorum parentum bonis ſingulos liberos, qui omnes in vtriuſque parentis hereditate, ſi plura ſeparatim facta fuiſſent teſtamenta, inſtitui debuiſſent, quemadmodum ſolemus dicere de primis & ſecundis tabulis cùm pater filio impuberi teſtamentum fecit *l. patris & filij* 20. *de vulg. & pupill. ſubſtit.* Non ſecus acſi maritus de bonis quoque vxoris ſuæ teſtatus eſſet ea conſentiente, aut vxor de

bonis

Digitized by Google

bonis mariti conſentientis,Hac tantùm differentia, quòd voluntatem mutare non poſſet ille ex coniugibus qui teſtanti coniugi ſuum conſenſum accommodaſſet:Mutare autem poteſt is qui de bonis ſuis teſtatus eſt, tametſi cum coniuge,quia non ideò alienam ſed ſuam mutat voluntatem, quamuis alienæ correſpectiuam. At in poſteriore caſu quem tractauimus, nihil eſt quod nos cogat dicere Teſtatorem qui à coniuge heres ſcriptus, coniugem viciſſim ſcripſit heredem aliter ſuiſſe teſtaturum,ſi non ad ita teſtandum ſpe præmij inuitatus fuiſſet,cùm potuerit ratio ſola adſectionis id facere,etiamſi ex altera parte vel nulla,vel non tanta adſectio fuiſſet. Mirum igitur non eſt clauſulam illam *Rebus ſic ſtantibus* poſteriore hoc caſu non ſubintelligi, quæ priore ſubintelligenda prorſus eſſet, Ne alioqui decipiatur is, qui ſic teſtari nec voluit,nec potuit, nec debuit, niſi quia ſic quoque teſtari coniugem videbat.Et ob hoc ipſum nimirum dicimus non valere huiuſmodi teſtamenta,in quibus eam clauſulam *rebus ſic ſtantibus* ſiue exprimi,ſiue tacitam ſubintelligi oporteret,quoniam ita fieri neceſſe eſſet vt ex alieno arbitrio penderent,ſiue viuo,ſiue mortuo teſtatore, atque ita eorum confirmatio impediretur ne per legem fieri poſſet teſtatore ipſo moriente, qui tamen viuus ſuam voluntatem numquam reuocaſſet:quod à regula & ratione iuris penitus abhorrere iam probauimus.Illud planè nouum non eſt vt plurium mortem expectari aliquando neceſſe ſit, ſed hoc ita ſi de alicuius condicionis quæ pluribus adſcripta fuerit implemento agatur,vt in ſpecie *l.penult. C. de impub. & aliis ſubſtit.* non item ſi de confirmatione teſtamenti, quod vtique non alterius quàm ſui teſtatoris morte indiget,vt confirmetur. Et verò qui huiuſmodi teſtamenta valere putant, quæ nos nullius momenti eſſe dicimus,non facilè poſſunt dicere quid iuris ſtatui debeat in diuidendis prædefuncti bonis,ſi contingat teſtamentum à ſuperſtite reuocari, Adeò manifeſtè vident ſuppoſita validitate teſtamenti,nihil tamen poſſe cõſtitui quod nõ euidenter vel à teſtamento,vel ab æquitate abhorreat.Vt ex ijs conſtat quæ ſcripſimus in Codice Fabriano *Defin.2.eod.ill.tit.de impub. & aliis ſubſtit.*Nos plura hîc non ſcribemus.

ERROR SEPTIMVS.

Si marito de vxoris bonis teſtanti vxor conſenſerit, aut contrà & ad l. vlt.C. de pact.

QVOD pro certo ac penè indubitabili habent interpretes, Valere coniugum teſtamenta ſi non ſolùm in eadem charta,ſed etiam vnico contextu,& vnica bonorum ſuorum diuiſione teſtati ſint inter communes liberos ſeparatim ab vnoquoque parente ſingulos in ſingulorum bonis inſtitutos, ſicuti nouæ quæſtionis materiam iis attulit,An prædefuncti cõiugis morte adeò confirmetur teſtamentum quod pertinet ad ipſius prędefuncti bona, vt per reuocationem à ſuperſtite factam nihilomagis reuocatũ intelligatur, Ita poſteaquàm definiuerunt:Ex ſubſecuta vnius reuocatione non impediri alterius confirmationem,Amplioris deliberationis cauſam iiſdem,prębet,an qua ratione fieri poſſit, vt qui ex coniugibus ſuperſtes eſt teſtamentum mu-

Digitized by Google

tare prohibeatur. Vt nimirũ iis obuiã eant incommodis, quę non poſſunt negare conſequi ex tam abſurda tamque improbabili opinione. Inter cætera verò conſilia & remedia quæ proferunt, primum ac præcipuum illud eſt, vt vnus ex coniugibus teſtetur inter omnes liberos ſolus, ſed ita vt non de ſuis tantummodò bonis, verum étiam de bonis coniugis, eiuſmodi teſtamento expreſſim conſentientis. Sic enim fieri poſſe putant vt teſtatoris huius morte confirmetur omnimodo teſtamentum, nec minùs quod ad bona pertinet alterius coniugis qui teſtatus non eſt, ſed teſtanti conſenſit, quàm quod ad bona teſtatoris: Ita vt nihil profuturum ſit ſuperſtiti coniugi ſi poſtmodùm pœnitẽtia ductus mutet voluntatẽ, ſiue viuo adhuc, ſiue iam defuncto cõiuge qui teſtatus fuit. Niſi hactenus ne qua ex eiuſmodi conſenſu fraus fiat legitimæ liberorum, quam ſicut expreſſi n teſtando neuter ex parentibus ſiue tollere ſiue minuere poteſt, ita neque alteri teſtanti conſentiendo, ex ea iuris regula quæ vult eũ qui alienare non poteſt, nec alienanti poſſe cõſentire, itémq; quod vna via fieri directò prohibitũ eſt, non eſſe permittendum vt per aliam viã indirectò fiat. Sic enim noſtros ratiocinari paſſim videas qui quæſtionem hanc tractãrũt, pręſertim verò Petrũ Peckium, Rodericũ Suarez, & alios quos retulimus capite ſuperiore. Nos autem ſicut in quęſtione illa De teſtamentis coniugũ inter liberos ſeparatim ab vnoquoque inſtitutos teſtantium, à cæteris interpretibus diſſentimus, qui talia teſtamẽta valere negamus, neque tam de illo laborandum eſſe volumus, qua cautione poſſit eiuſmodi teſtamẽtorũ reuocatio impediri, quàm quibus auxiliis poſſit eorũ confirmatio induci: Ita & in hac controuerſia facere non poſſumus quin contra eoſdem interpretes ſentiamus. Hęc enim noſtra ſentẽtia eſt, Mulierẽ quæ marito de ipſius vxoris patrimonio boniſque teſtanti etiam vltrò ac liberaliter conſenſerit, non ob id magis prohiberi quominus voluntatẽ mutare poſſit ſiue viuo, ſiue præmortuo marito, quàm ſi cum ipſo ſimul teſtata proponeretur. Moueor, quòd ea teſtanti permiſſio haud dubiè nihil niſi donatio eſt, cùm ſit quædã conceſſio gratis & liberaliter facta *l. ſicut* 8. *§. venditionis D. quib. mod. pign. vel hypoth. ſoluit.* quo potiſſimùm loco interpretes noſtri abutuntur vt hanc ſuam ſententiam tueantur. Donari autem videatur quicquid nullo iure cogente conceditur *vulg. l. donari* 29. D. *de donat. l. donari* 81. *de regul. iur.* Porrò non eſt qui neſciat donationem inter coniuges ſi inter viuos facta ſit, qualis hæc cenſenda eſſet, moribus populi Romani eſſe improbatam, ob eas rationes quas Iureconſulti congerunt *in l.* 1. 2. *&* 3. *D. de donat. int. vir. & vxor.* Inter quas prima & præcipua illa eſt, Ne coniuges ſe ob mutuum amorem ſpoliarent, donationibus non temperantes, ſed profuſa facilitate patrimonium ſuum exhaurientes. Quæ ratio ſi quo vnquam caſu locum habere poteſt, habet ſanè tùm maximè, cùm moribundus maritus ſuprema ſua ordinans lugentem rogat vxorem vt eum patiatur de bonis ipſius vxoris teſtari. Quid non enim tunc temporis mulier quam amore non minùs quàm luctu confectam ponimus, conceſſura ſit marito vltimas, fortaſſis etiam cum lachrymis, preces fundenti, pro quo vitam quoque ipſam libenter cum patrimonio profunderet, ne conqueri maritus poſſet deceptum ſe & honore bene tranſacti matrimonij, & fide communium liberorum vt meliùs de vxore præſumeret, quomodo loquitur Papinianus *in l. vnum ex familia* 67. *§. vlt. de legat* 2. Tanto minùs ergo ferendum eſt, vt teſtanti marito donare vxor inter viuos poſſit, quod ei alio tempore donare prohiberetur. Nam cùm

ex.

Digitized by Google

ex oratione Diui Seueri donationes huiuſmodi ſola donantis morte confirmari poſſint, nec id tamen aliter quàm ſi donans & in eadem voluntate & prior deceſſerit *l. cùm hic ſtatus 32. eod. tit.* Apparet in ea ſpecie quam tractamus, ne quidem confirmationi huic locum eſſe poſſe: Siquidem ponimus teſtatorem, eundémque donatarium prædecedere, ac prætereà vxorem quæ marito teſtanti conſenſerit donandi animo, in eadem volũtate perſtare nolle. Quonam igitur iure poterit valere citra confirmationem ea donatio, quæ nec earum ex numero ſit, quæ confirmari aliquando poſſint? Imò quæ in eum expreſſè caſum facta ſit, quo nullus de confirmatione tractandi locus ſuperſit? Sed & me illud valde mouet, quòd eum caſum tractamus, quo maritus de vxoris ſuæ bonis in teſtamento diſpoſuerit, ac proinde quo ſaluam ipſe habeat mutandæ voluntatis facultatem. Quidni ergo habeat etiam illa quæ teſtanti marito conſenſerit? Nec enim verendum eſt ne ideò decipiatur maritus, qui ſi vxoris conſenſum teſtamenti tempore non habuiſſet, aliter vtique fuerat teſtaturus. Si quidem ponimus, quod huius incommodi euitandi gratia neceſſariò ponendum eſt, vxorem cùm voluntatem mutauit, denunciaſſe marito eam mutationem, vt ipſe quoque mutandi teſtamenti conſilium ſumeret, ſi id mallet, alioqui ſanè deciperetur maritus, ſi eo inconſulto & ignorante liberum eſſet vxori mutare voluntatem. Cæterùm nulla ratio eſt vt fortiùs adſtringatur mulier quæ teſtanti marito conſenſit, quàm maritus qui ipſe teſtatus fuit, & cui tamen mutandæ voluntatis arbitrium idcirco non auffertur. Nempe quia nullum ius cuiquam ex teſtamento quæri poteſt, ante mortem teſtatoris, quo demum tempore vt in præcedentibus diſputauimus, teſtamentum confirmatur: In eóque ſicuti teſtamentum differt maximè à contractu, ita & conſenſus qui à tertio præſtitus ſit in teſtamento alterius, à conſenſu quẽ tertius præſtiterit in cõtractu. Cùm. n. ex contractu valido ius ſtatim quęratur, adeò vt etiam ex contractu condicionali ſpes in heredem tranſmittatur, longè difficilius eſt vt conſenſus in alieno contractu præſtitus ex pœnitentia reuocetur, poſt ius contrahentibus iam quæſitum, quàm vt reuocetur conſenſus in teſtamento præſtitus, & eo tempore quo nullum ius ex eo conſenſu acquiſitum dici poſſit. Et tamen conſtat, ſi duo de bonis & hereditate tertij contraxerint, quod non aliter fieri permiſſum eſt, quàm ſi tertius ille expreſſim conſentiat, non prohiberi tertium quominùs mutet voluntatem, cuius perſeuerantiam requirit conſtitutio Iuſtiniani, vt contractus inter alios initus ſubſiſtat *l. vlt. C. de pact.* Multò igitur magis concedendum eſt ei, qui tibi de bonis ſuis teſtari permiſerit, vt ab ea voluntate recedat, ſi pœniteat permiſiſſe: Ne aliter poſito iure, fiat, vt deterior condicio ſit eius qui teſtamento, quàm qui contractui alieno conſenſerit, de bonis ſuis facto. Non enim qui ſic conſentit, hoc agit vt ſe obliget ne liceat pœnitere, ſed hoc tantùm vt ſuppoſita perſeuerantia voluntatis, validet alterius teſtamentum, vel contractum, cuius vires alioqui nullæ eſſent. Niſi fortè diſtinguere volumus inter eum qui teſtetur aut contrahat de bonis alterius, & eum, qui teſtetur aut contrahat de hereditate: Quaſi conſenſus ab eo præſtitus de cuius hereditate alius ſiue teſtari ſiue contrahere voluerit, tantò faciliùs reuocari poſſit, quantò videtur odioſius & ab omni rationis ſenſu alienius, vt de aliena hereditate quis teſtari & contrahere velit, quàm vt de alienis bonis: Quandoquidem hereditas tale quid eſt, quod nec in rerum natura eſſe intelligitur, quandiu viuit is de-

Digitized by Google

cuius hereditate tractatur, cùm viuentis neque hereditas vlla ſit neque heres. *l.1. D.de hered.vel act.vendit.l.1.D.pro hered.* Et rurſus, Feſtinat contra ius gentiũ ille qui de aliena hereditate ſolicitus eſt *d.l.donari 29.aliàs l quidam §.vlt D.de donat.l.2.§.vlt.D. de his quæ vt indign.* non etiam is qui teſtatur vel contrahit de bonis alterius conſentientis *l.1.2.& paſſ.C.ſi alien. res pignor. dat.ſit.* Sed diſtinctio hæc probabilis non eſt, non ob id ſolum quòd ratio quam Iuſtinianus adfert generalis eſt & generalibus illis verbis concepta. *Quare enim quodam viuēte & ignorante quidam paciſcentes de eius rebus conuenerunt?* Itemque illis poſitis in fine *d.l.vlt.Cum in alienis rebus contra domini voluntatem aliquid fieri vel paciſci ſecla temporum noſtrorum non patiatur.* Sed etiam quia in ſpecie quam tractamus, ponimus maritum ita fuiſſe teſtatũ de bonis vxoris conſentientis, vt tamen noluerit eam voluntatem ſuum effectũ habere quandiu viueret vxor, ſed ea demum quandocumque mortua: vt id ipsũ hoc remedio aſſequatur maritus, quod aſſequeretur ſi cum vxore ſimul teſtari ſic poſſet ne qua vxori ratio mutandi teſtamenti ſupereſſet. Nam neque credibile eſt facilè conſenſuram mulierem marito, ſi conſenſum ipſius exigat maritus vt ſtatim ſe defuncto bona vxoris ad eos perueniant in quorum fauorem ille diſpoſuerit. Cùm ita fieret, vt quæ maritum miſera amiſiſſet, hoc ipſo non tantum mariti, ſed etiam patrimonij ſui iacturam viua incurriſſe reperiretur, in eáſque redacta eſſe anguſtias vt verendum haberet, ne fame citiùs quàm fato periret. Quid porrò intereſt an maritus teſtetur vel contrahat de bonis vxoris in id tempus quo erit vxor mortua, an verò de vxoris hereditate? Igitur quod à Iuſtiniano conſtitutum eſt *in d.l.vlt.* vt perſona quæ pactis inter alios de ſua hereditate initis conſentit, non ideò mutare voluntatem prohibeatur, quidni ad eam quoque vxorem porrigetur, quæ marito conſenſerit vt de ipſius vxoris bonis teſtaretur, in id tempus quo defuncta eſſet vxor, bonaque iam conuerſa in hereditatem? Nec enim alia hac parte inter teſtamentum & contractum differentia eſt, niſi quòd teſtamentum vnius perſonæ eſt, Contractus verò plurium: Et quod teſtamentum facilius admittit reuocationem, quàm contractus. Quæ ratio vtraq; facit, vt multò magis permittendum ſit vxori quæ marito teſtanti cõſenſit, reuocare conſenſum illum, quàm ſi eidem de vxoris hereditate contrahenti conſenſiſſet. Denique abſurdum eſt irreuocabilem eſſe conſenſum qui adhibitus ſit in actu reuocabili, maiorémque vim eſſe teſtamenti ad obligandum eum qui teſtatori conſentiat, quàm ad obligandum teſtatorem ipſum, ne voluntatem mutare poſſit. Proinde ſaltem quandiu teſtator viuit, fatendũ eſt liberum eſſe reuocandi arbitrium ei, qui teſtatori conſenſit. Nam & ſi quis tentet, eum qui teſtanti tibi conſentit vt mihi rem ſuam leges, hoc ipſo videri rem illam donare mihi, & quidem cauſa mortis ſed tuæ non ſuæ, is fortaſſe non valde errauerit. Si quidem ita etiam poſſe donationem cauſa mortis fieri certum eſt *l. mortis cauſa filij 11. l. mortis cauſa capimus 18. D. de mort.cauſ.donat.l.3.C.eod.* Atqui donatio cauſa mortis quælibet reuocabilis eſt, quouſque perfecta ſit per ſubſecutam mortem, cuius cauſa facta fuit *l. qui mortis 30.l.nõ videtur 32.& paſſ.D.eod.* Poteſt igitur qui mihi mortis tuę cauſa donatum voluit, tamdiu mutare voluntatem quandiu viuis tu cui de re ſua teſtanti conſenſit. Plane probaret ea ratio, non supereſſe conſentienti arbitrium liberum mutandæ voluntatis poſt mortem eius qui teſtatus eſſet: Nec enim perfecta mortis cauſa donatio reuocari magis ex pœnitentia poteſt

Digitized by Google

teſt, quàm quæ facta eſt inter viuos: in eóque tantùm differentia eſt, quòd hæc inter viuos non tantùm fit, ſed etiam perficitur: vnde & nomen ſumpſit: Illa verò fit quidem ante mortem, ſed non perficitur niſi ſecuta morte. Et tamen ſuprà diximus liberam eſſe reuocationem ei qui conſenſit, etiam poſt mortem teſtatoris: nimirum quia non putamus hanc poſſe dici mortis cauſa donationem, in qua ſcilicet neque promiſſio neque traditio interuenit, quã tamen alterutram interuenire neceſſe eſt, vt donatio cauſa mortis vtiliter facta dici poſſit. Secundùm ea quæ pluribus diſputauimus in *Error.3. Decad. 43.* Qui enim conſentit tibi rem ſuam leganti is neque promittit, neque tradit quicquam legatario. Ergo nec mortis cauſa donare videri poteſt, neque ſi ponas adeſſe illi animum donandi *l. cùm pater* 77. *§. Mæuio de legat.* 2. Cæterùm ſiue donationem hanc mortis cauſa eſſe quis dicat, ſiue non eſſe, illud ſemper verum erit poſſe vxorem quæ marito conſenſerit mutare voluntatem, quandiu ſaltẽ maritus viuit, etiamſi maritus ipſe reluctetur, dũmodò reſciat maritus eã mutationẽ voluntatis, vt poſſit & ipſe mutare ſi velit.

ERROR OCTAVVS.

De ſententia & ratione §. venditionis l. ſicut 8. *D. quib. mod. pign. vel hypoth. ſoluit.*

QVID, quod etiam poſt mariti mortem, qui conſentientis vxoris fundum legauerit, ſi legatarius conſequi legatum vel nolit vel non poſſit, redit res ad vxorem, nec ei conſenſus ſuus nocet? Ita enim disertè ſcriptum eſt *in d. §. venditionis l. ſicut* 8. *D. quib. mod. pign. vel hypoth. ſoluit.* Cùm tamen ſi ea voluntas cenſenda eſſet iure donationis per vxorem factæ cauſa mortis mariti, nemo diceret reuocari eam poſſe poſt mariti mortem, cuius morte perfecta fuiſſet & confirmata, vt iam diximus *ex d. l. non videtur* 32. *D. de mort. cauſ. donat.* Quantò magis ergo reuocare poterit viuo marito? Quamquam id quod ſcriptum eſt *in d. §. venditionis*, poteſt videri ſpecialem habere rationem, quòd eo loco Marcianus loquatur de creditore, qui rem non ſuam ſed ſibi tantùm obligatam permiſerat debitori vt alij legaret: qui conſenſus non niſi remiſſionem pignoris inducere ſolet, at non etiam donationem, quæ in remiſſione pignoris nulla eſſe intelligitur *l. 1. §. 1. in fin. eod.* Nec ſi à coniuge facta ſit coniugi *l. etſi pignus* 18. *D. quæ in fraud. credit.* Verùm etſi hoc ita eſt, ratio tamen iuris quæ facit inutilem pignoris remiſſionem eo caſu quo conſenſus tertij non alium effectum habere poteſt, quàm vt ius ſui pignoris remiſiſſe videatur, eadem ſanè faceret inutilem donationem eo caſu, quo etiam donatio aliqua ex eiuſmodi conſenſu induceretur, Ac tantò faciliùs, quantò expeditius eſt vt ius pignoris remiſſum, quàm vt ius dominij alienatum intelligatur. Nam remitti ius pignoris poteſt, creditore conſentiente ſiue venditioni, ſiue legato rei obligatæ, licèt is in cuius fauorem remiſſio fit, abſens ſit vel ignorans, quoniam in eo fauetur potiſſimùm debitori, vt liceat ei de ſua rè perinde diſponere, acſi nemini eſſet obligata. At donatio, quam per huiuſmodi conſenſum vxoris ponimus collatam non in maritum de re vxoris teſtantem, ſed in eum cui maritus rem illam ſiue inſtitutionis ſiue legati titulo reliquerit, non alij quàm præſenti fieri poteſt, ſiue per ſtipulationem fieri eam velis, ſiue per traditionem: Maximè ſi tractes de donatione quæ facta ſit cauſa mortis *l. inter mortis* 38. *D. de mort.*

Digitized by Google

cauſ. donat. Facilius ergo eſt, vt talis conſenſus vxoris marito teſtanti præſtitus reuocari quandocunque poſſit quandiu non habuit effectum etiam defuncto teſtatore, multo magis eodem viuo: cùm non alium effectum habere poſſit quàm donationis, quę porrò nulla in abſentem collata videri poteſt. Nec rurſum tametſi collata eſſet vtiliter, priùs tamen valere poſſet tanquam facta mortis cauſa mariti, quàm eiuſdem mariti morte fuiſſet perfecta. Sane apparet non obſcure ex *d. §. venditionis*, cùm tu mihi permittis, vt rem tuam legem, non tam mea quàm legatarij cauſa id te facere videri, cum non aliter vim habeat is conſenſus, quam ſi legati vtilitas legatario acquiratur, etiamſi de ſola pignoris remiſſione agatur, quaſi non omnimodo pignus remittere creditor velit, ſed ita demum ſi legatarius rem habe t, adeóque retineat irreuocabiliter *l. voluntate* 10. *eod.* Alioqui ſi in teſtatorem ipſum collata liberalitas videretur, conſequens eſſet vt non aliud inſpici oporteret, quàm vtrum teſtator de ea re diſpoſuiſſet, non illud etiam curari an legatum illud ad legatarium perueniſſet. Satis enim liberalitatem agnouiſſet teſtator, qui de re ſiue aliena, ſiue obligata teſtatus eſſet conſentiente ſiue domino ſiue creditore *vt in l. ſi auia* 6. *C. de iur. deliber.* nec poſt eius ſaltem obitum quicquam aliud quærendum ſupereſſet. Quod ergo maritus quo tempore teſtabatur conſenſum vxoris adhibuerit, vt de re vxoria perinde ac de ſua teſtari poſſet, non debet adimere vxori facultatem mutandæ voluntatis, quandiu maritus viuit, quia tandiu res integra eſt, cùm interim nullum ius ex eo conſenſu quæſitum dici poſſit, neque marito cui nihil donatum vxor voluit, neque communibus liberis, aut aliis quibus maritus rem vxoris reliquerit, quia ius eorum pendet ex confirmatione teſtamenti, quod porrò non niſi per teſtatoris mortem cõfirmatur. Ex quo etiam intelligimus, quàm parum ſubtiliter faciant, qui huiuſmodi conſenſum inter coniuges præſtitum ea ratione improbatum volunt, quòd habeat inſtar donationis, quæ inter coniuges prohibita eſt: Nec ſubtilius illi qui vt hanc obiectionem effugiant, contendunt poſſe cõiugem coniugi donare, dummodò ita fiat donatio vt eius commodum ad alium perueniat, cuius perſona non ſit prohibita capere, ſaltem eo tempore, quo effectum ſuum donatio ſortitura ſit. Nihil enim prorſus eſt in hac ſpecie, quod de donatione ſiue expreſſa, ſiue tacita inter coniuges facta tractari poſſit, ſed tantùm inter eam perſonam quæ conſentit teſtanti alteri, & eam cui teſtamenti emolumentum quantum ad illam rem acquiritur. Quamquam ne hoc quidem reſpectu donatio eſſe poteſt, quæ nec traditionem habet nec promiſſionem, vt diximus, ſed ſpecies quædam liberalitatis acceſſoria ad vltimã alterius voluntatem, & conſequenter eiuſdem naturæ & condicionis, vt tamdiu ſaltem reuocabilis ſit, quamdiu voluntas illa vltima reuocari poteſt, & quandiu rem integram eſſe non dubitatur.

ERROR NONVS.

De eo qui rem ſuam legari permiſit ac poſtea mutauit voluntatem.

PLvs putat Bart. *ad l. cùm quis decedens* 37. *in princip. de legat.* 3. Ex iſto cõſenſu etiamſi reuocatus nõ ſit, nihil iuris acquiri tertio, in cuius fauorem alius teſtatus ſit, ſed tantùm quæri actionem mandati teſtatori, qui aliter fuerat teſtaturus ſi conſenſus non interueniſſet. Et conſequenter

quenter heredi eius, qui ſubinde à legatario cōuentus eam præſtare,& cedere teneatur, *ex l.ſi duobus 16.§.1.de legat.* 1.iunct. *l. quidam cum filiumfamilias 46.de hered.inſtit.*Neque diſſentit Baldus *ad l.cùm alienam* 10.*C.de legat.*Niſi quòd ne quidem actionem mandati non magis quàm actionē ex teſtamento concedere videtur teſtatori,aut eius heredi, ratione illa quòd is qui conſentit,non tam agat quàm patiatur, ex patientia verò exceptio potiùs quàm actio naſci videatur.Quod & Iaſon ad eandem legem defendit. Et verò difficile eſt dicere vt qui rem ſuam legari permittit etiamſi expreſſum conſenſum adhibeat,quem vtique neceſſarium eſſe conſtat (nec enim ſola præſentia & ſcientia coniuncta cum taciturnitate ſufficeret *l.Caius Seius* 39. *cum ibi not.D.de pignor.act.*)hoc ipſo tamen aliquid mādare intelligatur.Nec proinde vt ex eo conſenſu aliud ius vllum inducatur,præterquàm exceptionis, & quidem doli, vt eueniret ſi rem tuam,aut in qua ius aliquod haberes te volēte alij vendidiſſem *l.apud Celſum 4.§.quæſitum eſt ſi cum fundi D.de doli mal. except.*Quamquam non deſunt,qui putent dominium rei alienæ,quam quis alij conſentiente domino legauerit, acquiri ipſo iure ac recta via legatario, non minùs quàm ſi ea res fuiſſet legantis.Quemadmodum cont ngit ſi quis de re aliena volente ac conſentiente domino inter viuos diſponat : quo caſu certum eſt eum,qui conſentit non ſolùm obligari vt per actionem conueniri poſſit perinde ac ſi ipſe contraxiſſet *l.ei qui ſeruo 7.in fin.C. quod cum eo qui in alien.poteſt.*ſed etiam amittere proprietatem *l.3. verſ.ſin autem poſtea C. de rei vindic.l.2.C.de reb.alien.non alienand.l.ſi ſeruus* 61.*§.locaui*,in illis verbis *& ideò colonum quia voluntate domini eos percipere videatur, ſuos fructus facere. D. de furt.*Videtúrque hęc ſententia placuiſſe Marciano qui *in d.§.venditionis*,ſimilia iſta eſſe putat vt venditioni vel legato quis conſentiat.Sed tamen aliud mihi iudicium eſt, qui video dominium ex nullo actu transferri poſſe quin vel traditio interueniat *l.traditionibus* 20.*C.de pact.*vel quid aliud,quod ſit vice traditionis,vt patientia perceptionis fructuum,vt in *d.§.locaui.* Vel deniq; poteſtas legis *l.1.& 2. D. de publician.in rem act.l.legatum* 80.*de legat.*2. Atqui cùm tibi rem meam leganti conſenſi neque traditio aut quicquā aliud quod ſit vice traditionis,vt apparet,interuenit,neque poteſtas legis vlla,quoniam lex duodecim tabularum quæ ſola ius hoc induxit,non de alia re teſtandi legandíque facultatem ciui Romano dedit,quàm de re ſua *l.verbis legis* 120.*De verb.ſignific.l.conficiuntur 8.§.ſi poſt factum D.de iur.codicill.* Nec adiecit, *aut de re aliena domino conſentiente.* Nihil igitur domini conſenſus in hanc rem prodeſſe poteſt, ne alioqui fatendum ſit priuatorum voluntatem & cautionem legis autoritate cenſeri,quod Papinianus noſter negat in *l. vlt. D. de ſuis & legit.* At in contractu venditionis & aliis huiuſmodi negotiis quæ inter viuos contrahuntur,nihil tale tractari poteſt. Cùm enim de dominio ex cauſa venditionis transferendo agimus, neceſſariò ponimus interuenire traditionem, cuius poteſtate fiat ea dominij tranſlatio,quam nimirū ex ſolo contractu fieri non poſſe certum eſt *d.l. traditionibus §. vendita.Inſtit. de rer. diuiſ.*non magis quàm ex traditione ipſa nuda ſi titulus habilis nullus præceſſiſſet *l.nunquam nuda 31.D.de acquir.rer.domin.*Porrò cùm interuenit traditio licèt ab alio facta,quàm à domino,perinde tamen habetur ac ſi à domino ipſo facta eſſet quoties facta eſt ex eius conſenſu & voluntate. Quid enim poteſt intereſſe,an quis rem ſuam ipſe tradat,an alteri tradenti conſentiat,id

Digitized by Google

eſt an per ſe an per alium tradat? Nam & ratio propter quam traditio à domino facta transfert dominium, ſola illa eſt, quòd nihil ſit tã naturale quàm voluntatem domini rem ſuam in alium tranſire volentis ratam haberi *l. qua ratione 9. §. hæ quoque res eod. tit.* Ea verò voluntas perinde interuenit etiamſi traditio ab alio fiat, ac ſi fieret à domino. Nec repugnat Marcianus in *d. §. vẽditionis*, quoniam eo loco non de dominij tranſlatione tractat, ſed de remiſſione pignoris quæ faciliùs inducitur & quocunque indicio voluntatis, quẽadmodũ & ſolo conſenſu contrahitur ius hypothecę. *l. contrahitur 4. D. de pig. l. 4. D. de fid. inſtrum.* quamuis contractus pignoris quatenus proprie ſumitur & differens ab hypotheca, ſit ex eorum numero contractuum, qui re perficiuntur *l. cùm & ſortis 35. §. 1. D. de pignorat. act.*

ERROR DECIMVS.

De teſtatore qui præſente ac conſentiente domino legauit rem alienam: Vtrum, & ad quid heres ipſius teneatur.

MANEAT ergo firmum, quod in ſuperioribus probandum ſuſcepimus: Etiamſi maritus conſentiente vxore de bonis vxoris teſtatus ſit, non eo magis prohiberi vxorem vt ſuam reuocet voluntatem viuo ſaltem marito, nec tutum eſſe hoc remedium in eam rem vt vxor voluntatem mutare impediatur. Si tamen marito iam defuncto ea voluntatis mutatio ſuperuenerit, ſuccurrendum erit ei cui maritus rẽ vxoris reliquerit hactenus vt iuuetur exceptione doli ſi poſſideat, cùm dolo fecerit mulier quę maritum deceperit, & eiuſmodi conſenſu adegerit eum ad ſic teſtandum, qui haud dubiè ſi vxor conſentire noluiſſet, aliter fuerat teſtaturus. Sed ſi nõ poſſideat, ob idq; actione indigeat, non exceptione ad rem conſequendam, nullum ſupereſt auxiliũ quo ei aduerſus mulierem ſuccurri poſſit. An verò ſuccurrendum ei ſit ſaltem aduerſus heredem teſtatoris vt tantundem de patrimonio defuncti prę ſtet in corporibus bonorum, aut in pecunia ad iuſtam vſque rei legatæ æſtimationem, alia & difficilior quæſtio eſt. Nec enim dubitatur quin valeat legatum rei alienæ quam teſtator alienam ſciuit, quod hic ponimus contigiſſe *d. l. cùm alienã 10. C. de legat.* Nam & noſtris placet poſt Bald. Salycet. & Iaſon. ad eum locum, æquè valere legatum ſi teſtator præſente ac conſentiente domino legauerit rem alienam, quam putabat eſſe ſuam. In contrarium tamen me mouet, quòd teſtator, qui rem alienam præſente & conſentiente domino legauit, non cogitauit de onerando herede quem è contrario credidit ex eiuſmodi legato non iri oneratum propter accedentem domini voluntatem: quod vnum inſpiciendum eſt cùm quæritur an valeat legatum rei alienæ cuius dominium non ſit penes heredem *l. vnum ex familia 67. §. ſi rem. de legat. 2.* Melius ergo eſt vt dicamus, ne quidem teſtatoris heredem hoc caſu vllomodo teneri, ſiue teſtator alienam rem eſſe ſciuerit, ſiue ſuam eſſe putauerit. Teneretur ſanè ad præſtandam legatario actionem mandati aduerſus eam perſonam quæ legato conſenſiſſet, ſi qua ex eiuſmodi conſenſu actio mandati naſceretur vt voluit Bartolus. Quidni enim hoc ſaltem præſtare deberet, quod ſine ipſius diſpendio futurum eſſet *arg. l. in creditore 38. in fin.*

Digitized by Google

ſin. D. de euict. Nam cùm valeat legatum, ſiue teſtator ſuam rem eſſe ſciuerit, ſiue ignorauerit, nempe propter accedẽtem domini conſenſum, vt diximus, quidni poſſit ex eo naſci actio ex teſtamento, ſaltem ad obtinendam actionis ceſſionem? Sed cùm verius ſit quod defendimus, nullam ex eiuſmodi cõſenſu naſci actionem mandati, apparet neque poſſe teneri heredem ad præſtandam actionem quam non habeat, neque proinde vtile legatum eſſe, ex quo nihil poſſit exigi.

ANTONII FABRI I. C. SEBVSIANI SENATORIS SABAVDIENSIS, ET IN GEBENNENSIS DVCATVS AVDITORIO PRAESIDIS

DE ERROR. PRAGMAT. ET INTERPR. IVR.

DECAS LIII.

ERROR PRIMVS.

De fideicommiſſo relicto ei, quem ex pluribus diuerſorum graduum perſonis heres elegerit.

QVOTIES fideicommiſſum pluribus ita relinquitur vt dubitari non poſſit quin omnes ſint vocati, ſiue quòd eos teſtator ſingulos nominauerit, ſiue quòd nomine aliquo collectiuo vſus ſit, quo plures etiam diuerſorum graduum perſonæ comprehendantur, ea plerunque ſupereſt quæſtio ſiue iuris ſiue potiùs voluntatis, An omnes ſimul admittendi ſint, an ordine ſucceſſiuo & cum graduum diſtinctione. In qua quęſtione extat celebre reſponſum Modeſtini in *l. omnia 32. a'iàs l. cùm ita §. in fideicommiſſo de legat.* 2. In fideicommiſſo quod familiæ relinquitur, illos ad petitionem eius admitti qui nominati ſunt: A ut poſt omnes eos extinctos, admitti cæteros qui ex nomine defuncti fuerint eo tempore quo teſtator moreretur, & ex iſtis priores illos, qui primo gradu procreati ſint, niſi ſpecialiter, inquit, defunctus ad vlteriores voluntatẽ ſuã extẽderit. Cui nõ diſſimiliter Pap. *in l. peto 69. §. fratre eod. tit.* ait, Si teſtator petierit ne domus alienaretur, ſed vt in familia relinqueretur, nec paritũ ſit voluntati, ſiue quòd heres domũ illã alienauerit, ſiue quòd extero herede inſtituto deceſſerit, Omnes quidẽ fideicõmiſſum petere poſſe qui in familia fuerunt:

Digitized by Google

ſed ſi nō ſint omnes eiuſdem gradus,ita rem temperari debere vt proximus quiſq; primo loco videatur inuitatus.Nec abhorret Iuſtiniani conſtitutio in *l.vlt.C.de verb.ſign.*qua cautū eſt,vt ſi quis elogio ſuo fideicōmiſſum familiæ ſuæ reliquerit,etiam gener & nurus ad fideicommiſſum quidem vocentur, ſed poſt mortem filij, vel filiæ, ac proinde gradatim, vt qui proximiores ſunt veniant priores,liberti verò poſt omnes:Non quòd etiam remotiores familiæ appellatione non contineantur æquè ac proximiores, (nomen enim familiæ collectiuum eſt,vt loquuntur,plurium non minùs graduum, quàm perſonarum) Sed quia in dubio, ſi non aliud de teſtatoris voluntate appareat, credendus ſit prudens quilibet teſtator eum voluntati ſuæ ordinem præſcripſiſſe,quem ſucceſſioni inteſtati lex præſcribit: Nec enim aut prudentius aut certius vllum poteſt eſſe conſilium, quàm legis. Itaque ſi heres rogatus de fundo familiæ reſtituendo aliquem eligere vellet qui ex familia quidem eſſet,at ex remotiore aliquo gradu, quem alius proximior anteuerteret, non valeret electio, nec aliorum ius læderet quos lex interpretatur fuiſſe priores ad huiuſmodi fideicommiſſum inuitatos:Ne alioqui teſtatoris voluntas offenderetur,non minùs quàm ſi varios fideicommiſſi gradus ille ipſe nominatim præſcripſiſſet,vt in ſpecie *l. heredes mei* 57. *§. vlt. D.ad SC. Trebell.*Quid enim refert an teſtator ipſe,an lex pro teſtatore fideicommiſſi gradus præſcripſerit?At ſi teſtator non familiæ,aut deſcendentibus, aut liberis aut agnatis vel cognatis (ſunt enim iſta nomina omnia æquè collectiua)fideicōmiſſum reliquerit,ſed ei quē ex pluribus diuerſorum graduū perſonis heres elegerit, dubitatū vidi aliquādo inter pragmaticos: An poſſit heres aliquē eligere ex remotioribus,an verò cogēdus ſit eligere proximiores. Ponimus enim plures eſſe perſonas in eo gradu conſtitutas, qui ſit proximior, inter quas poſſit cadere electio, ne alioqui locus huic quæſtioni fieri non poſſit,ſi nec alius gradus poſſit eligi, quàm qui eſt prior,nec alia proinde perſona,quàm quæ in eo gradu ſola & vnica eſt: quia non poteſt electio eſſe,niſi ex pluribus ſiue gradibus, ſiue perſonis. Quamquam autem in hanc rem non obſcura eſt Papiniani ſententia in *l. vnum ex familia* 67. *§.1. verſ.itaque de legat.*2. vbi ait, Si vnum ex familia heres eligere iuſſus ſit, cùm fortè tres eſſent ex familia eius qui fideicommiſſum reliquit ſiue eodem,ſiue diſpari gradu,ſatis eſſe ſi vni reliquerit etiam vlteriori,inquit Accurſius & rectè.Subiecta etiam ratione illa,quòd poſtquàm paritum eſt voluntati,cæteri omnes cōdicione deficiant. Nō deſunt tamē,qui putent videri teſtatorē certos electionis gradus tacitè prçſcripſiſſe,vt eos priores eligēdos heres habeat,qui ſunt proximiores,neq; ex remotioribus quēquā poſſit eligere,quādiu proximiores præferri poſſunt,quaſi coniectura in fideicōmiſſis capienda ex ordine charitatis & adfectionis,cùm perſonæ ad fideicōmiſſum vocatæ tales ſunt in quas poſſit cadere ordo ille, vt quò quis teſtatori proximior fuit, eò dilectior eſſe,&quò dilectior eò prior inuitat' fuiſſe intelligatur.Solēt verò qui ſic ſentiunt,duo proferre eiuſdēPapiniani reſponſa,quibus hanc ſuam ſentētiā nō obſcurè probari arbitrãtur. Vnū eſt in *d.§.vlt.l.heredes mei* 57.*ad Treb.*vbi cùm teſtator ita ſcripſiſſe proponeretur:*Peto de te vxor chariſſima vti cùm morieris reſtituas hereditatem meam filiis meis, vel vni eorum, vel nepotibus meis,vel cui volueris,vel cognatis meis, ſi cui voles ex tota cognatione mea.* Reſpondit Papinianus, inter filios ſubſtitutionem fideicommiſſi factam videri; circa nepotes autem & cæteros cognatos facultatem eligendi datam:. Sed

Digitized by Google

ex cæteris cognatis ſi nepotes ſupereſſent, non rectè mulierem electuram: propter gradus fideicommiſſi pręſcriptos, Deficiente verò gradu nepotũ, ex cognatis quam velit perſonã eligi poſſe. Alterũ reſponſum eſt in *l. cùm pater 77. §. pen. de leg. 2.* in cuius ſpecie teſtatrix ita ſcripſerat: *A te peto marite ſi quid liberorum habueris, illis prædia relinquas, vel ſi non habueris tuis, ſiue meis propinquis, aut etiam liberis noſtris.* Placet Papiniano nõ eſſe datã electionẽ, ſed ordinẽ ſcripturę factum ſubſtitutioni. At videamus ne vterque locus à propoſita quæſtione ſit omnino alienus. Vtroq; enim caſu diuerſi gradus ſubſtitutioni fideicommiſſariæ facti & præſcripti proponebantur, quos immutare pro arbitrio non licet heredi, nec ordinem voluntatis peruertere, qui ex ordine ſcripturæ deprehenditur: Nos verò eam ſpeciem tractamus in qua nulli gradus à teſtatore præſcripti ſint, vocatis ſub vnico nomine collectiuo pluribus perſonis, quæ tamen pluriũ ſint graduũ: Et quærimus, An aliqua graduũ diſtinctio per legis interpretationẽ adhibenda ſit ad eam ſcripturã fideicõmiſſi quæ gradus nullos præſcripſit, Et an eo prætextu, quòd nõ omnes eo nomine cõprehenſi æquè dilecti fuerint à teſtatore, coarctanda ſit facultas electionis, ne poſſit remotiores eligere is cui teſtator liberam ex omnibus eligẽdi poteſtatem dedit. Hoc autem eſt, quod nos abſurdum eſſe defendimus, nec minùs repugnans verbis quàm voluntati teſtatoris. Quid enim poteſt ſcribi apertiùs, ad dandam heredi libertatem eligendi quem velit, etiam ex remotioribus, quàm ſi heres iuſſus ſit fundum cui ex familia velit, relinquere? An non relinquit vni ex familia qui relinquit remotiori? *d. l. vnum ex familia §. 1.* Atqui ſi fideicommiſſum, inquiunt, familiæ ſimpliciter relictum eſſet priores admitterentur ij qui eſſent proximiores: Et quidem ex tacita voluntate teſtatoris, quaſi legis voluntatem ſubſequentis. Quis ergo ferat ab herede alium eligi, quàm quẽ teſtator ipſe proximo loco inuitaſſe videatur? Sed nihil facilius eſt quàm videre iſta prorſus eſſe differentia, Fideicommiſſũ familiæ relinquere, Et, fideicommiſſum ei dare, cui ex familia heres velit. Priore ſcilicet caſu fideicommiſſum purum eſt omnibus iis datum, qui familiæ appellatione continentur, ſaluo tamen graduum ordine, quem legis interpretatio præſcribit manca teſtatoris voluntate. Nec proinde in heredis arbitrio eſt cui det alij, quàm cui teſtatorem dari probabiliter voluiſſe lex præſumit. Poſteriore verò caſu fideicommiſſum non purum eſt, ſed condicionale, tanquam ei ſoli relictum quem heres ex familia eliget, & conſequenter qui non aliter fideicommiſſarius videri poteſt quàm ſi eligetur. Id enim eſt, quod ait Papinianus in *d. §. itaque*, poſtquàm paritum eſt voluntati cæteros condicione deficere. Vnde etiam proficiſcitur, quod ex iis qui eligi potuerũt ſi quidam deceſſerint ante factam electionẽ, nihil ad heredes ſuos tranſmittunt, tametſi nulla poſt eorum mortem ſecuta electio proponatur, quia nec cætera legata condicionalia tranſmittuntur *l. cùm quidam 24. eod. tit. & d. l. cùm pater 77. §. hereditatem filius*, vbi tractans Papinianus de filio qui hereditatẽ paternam cùm moreretur filiis ſuis vel cui ex iis voluiſſet reſtituere fuerat rogatus, atque intereà fuerat in inſulam deportatus, Ait neque facultatem eligendi pœna peremptam eſſe, neque fideicommiſſi condicionẽ ante filij eiuſdẽmq; heredis mortem exiſtere: viriles autem portiones inter eos fieri qui eo tempore vixerint quo filius moriebatur, quia nec de aliis eligendi poteſtas fuit. Hinc verò fit vt vno quamuis remotiore ex familia electo, verum ſit ei ſoli datum fuiſſe à teſtatore fideicommiſſum,

Digitized by Google

in cuius ſcilicet vnius perſona extitit condicio fideicommiſſi, non etiam cæteris qui, vt Papinianus loquitur, condicione defecerunt. Prius ſiquidem eſt vt quiſquis ſe ex fideicommiſſo condicionali vocatum dicit, condicionẽ extitiſſe probet, quàm vt ſe fideicommiſſarium adeóque quoquomodo creditorem poſſit dicere, *l. is cui 42. D. de obligat. & action.* Qui porrò fideicommiſſarius nec eſt, nec vnquam fuit, nec in poſterum eſſe poterit, qua fronte controuerſiam fideicommiſſi facere poſſit ei qui ſolus ab herede electus hoc ipſo factus ſit ſolus fideicommiſſarius? Fateor ex pluribus ſub nomine collectiuo ſubſtitutis præferendos eſſe proximiores, quia omnes ſunt quidem ſubſtituti, at ex ordine: Sed nego ſi ex pluribus ſub vno eodémque collectiuo nomine comprehenſis eligendi poteſtas data ſit, cogendum eſſe heredem vt proximiores, aut aliquem ex proximioribus eligat, quia nec poſſunt proximiores dicere ſe vocatos ad fideicommiſſum, quin priùs fuerint electi, tantum abeſt vt prætextu fideicommiſſi poſſint prohibere ne quis ex remotioribus eligatur. Eſtq; in hanc rem alius perelegans eiuſdem Papiniani noſtri locus in *d. l. vnum ex familia §. rogo*, vbi ait data heredi electione neminem poſſe fideicommiſſum petere quandiu præferri alius poteſt, ſed defuncto eo priùs quàm eligat, petere omnes poſſe. *Itaque eueniet*, inquit, *vt quod vni datum eſt, vnus vinis pluribus petere non poſſit, ſed omnes petant quod non omnibus datum eſt, & ita demum petere poſſit vnus, ſi ſolus moriente eo ſuperfuit.* Quis enim putet permittendum proximioribus, vt impediant electionem remotioris, cùm nihil poſſint ipſi petere quandiu non ſunt electi, licèt nec dum alius ſit electus? Quantò minùs poſt electum remotiorem? Aut ſi iam inde ab initio certum eſt poſteriorem & remotiorẽ præferri non poſſe, quid prodeſt datam eſſe heredi ex pluribus gradibus eligendi facultatem, qui non poſſit eligere niſi ex pluribus perſonis proximioris gradus? Sed & cùm is quem teſtator iuſſit fundum reſtituere cui vellet ex familia, poſſit etiam indignum præferre *d. l. cùm quidam*, propter verba illa *cui voles* quæ in meram ipſius voluntatem conferunt, non an fideicommiſſũ debeat, ſed cui debeat *l. vtrum 7. §. 1. D. de reb. dub.* Quantò magis licebit ei pręferre remotiorem? Vtique enim fauorabilior eſt is cui nihil niſi lõginquitas gradus obiici poteſt, quàm is cui indignitas & ingratitudo.

ERROR SECVNDVS.

De ſententia & ratione l. heredes mei 57. §. vlt. D. ad SC. Trebell.

SED & probatur hæc noſtra ſententia ex illo ipſo Papiniani loco cuius autoritate mouebantur ij qui contra nos ſentiebant. Nam in *d. l. heredes mei §. vlt.* fatetur Papinianus cognatos deficiente gradu nepotum ſic vocatos eſſe per verba illa *vel cognatis meis, ſi cui voles ex tota cognatione mea*, Vt tamen poſſit heres quam velit ex cognatis perſonam eligere. Atqui poſſunt eſſe plures gradus cognatorum etiam ad ſuccedendum ab inteſtato *§. vlt. Inſt. de ſucceſſ. cognat. l. octaui gradus 9.* iunct. *l. 1. §. hac autem D. vnd. cognat.* Senſit ergo Papinianus poſſe ex ſupradictis verbis quemlibet gradum cognatorum eligi, tanquam nullis quod ad cognatos attinet, præſcriptis gradibus fideicom-

Digitized by Google

deicommiſſi: Nec enim quantum ad cognatos dubitabatur apud Papinianum, an deficiente gradu pronepotum poſſent eligi cognati vt alijs non cognatis præferrentur, cùm de ſolis cognatis poſt nepotes locutus eſſet teſtator, ſed an inter ipſos quoque cognatos aliquis ordo electionis ſeruandus eſſet, vt quoſdam ex ijs priores, alios verò poſteriores eligi oporteret. Quod ipſum nihil aliud eſt, quàm id de quo nunc quærimus: An qui iuſſus eſt vnum eligere ex pluribus ſub vno nomine collectiuo comprehenſis, Collectiuo inquam plurium non modò perſonarum, ſed etiam graduum, poſſit remotiores eligere proximioribus neglectis. Eadem igitur fuit Papiniani ſententia, quæ noſtra, Nulla graduum diſtinctione obligari eum cui teſtator liberam electionem dedit, ſi non teſtator ipſe aut fideicommiſſi aut ſaltem electionis varios gradus præſcripſerit. Hoc enim addendum eſt, vt duos caſus excludamus, in quibus ſupradicta Papiniani ſententia locum habere non poteſt. Quorum primus ille eſt quem Papinianus expreſſit, cùm teſtator præſcripſit gradus fideicommiſſi, vt in ſpecie illa quæ in eo §. tractatur, in qua ſubſtituti primo loco erant liberi, Secundo vnus ille ex liberis qui ſolus ſupereſſet, Tertio nepotes, Quarto & poſtremo cognati: Alter eſt quem Papinianus quaſi à propoſita ſpecie alienum prætermiſit, ſed qui tamen ad explicandam iuris rationem prætermittendus non eſt, ſi plures gradus non fideicommiſſi, ſed electionis teſtator præſcripſerit. Cuius exceptionis exemplum accommodatiſſimum eſſe poteſt ſi ponas ita locutum teſtatorem, *A te peto, vxor chariſſima, vt hereditatem meam reſtituas cui ex filiis, vel cui ex nepotibus, vel cui ex cognatis meis volueris.* Nã in hac ſpecie plures ſunt gradus, non equidem fideicommiſſi ſed electionis: Non fideicommiſſi, quia vnicum fideicommiſſum eſt, ei ſoli relictum, qui ſolus electus fuerit. Plures autem gradus fideicommiſſi eſſe nullomodo poſſunt, vbi non niſi vnum fideicommiſſum eſt *l. Titia Seio* 87. §. *Seia libertis de legat.* 2. *l. cùm in teſtamento* 37. *D. de hered. inſtit.* Sed electionis tamen plures gradus ſunt, quia ſic concepta ſunt verba fideicommiſſi vt facilè appareat teſtatorem ea fuiſſe voluntate vt ex cognatis nemo eligeretur quandiu aliquis ex nepotibus ſupereſſet: Multò minùs verò quiſquam ex nepotibus quandiu filiorum aliquis eligi poſſet: Etſi enim vnica clauſula eſſe videtur, quæ filios, nepotes, & cognatos alternatiuè coniungit, vnico etiam verbo addito ad totam orationem determinandam, ſiue conſyderemus verbum *reſtituas*, ſiue verbum *volueris*, Reuera tamen & inſpecto ſenſu teſtatoris tot ſunt gradus electionis, quot ſunt perfectæ orationis clauſulæ quæ dant electionem. Hîc porrò tres ſunt clauſulæ, & quidem perfectæ, quibus datur electio, perinde ac ſi pluribus verbis ſcriptum eſſet: *Reſtituas cui ex filijs meis volueris, vel reſtituas cui ex nepotibus meis volueris, vel reſtituas cui ex cognatis meis volueris.* Quid enim refert an duo illa verba *reſtituas*, *volueris* ſæpius expreſſim repetita ſint, an ſæpius partim expreſſa, partim tacitè ſubintellecta? Nam & cùm teſtator ita ſcripſit *Titio fundum Cornelianum, Sempronio Liboniamum lego* vtique nemo dixerit Titium & Sempronium verbis coniunctos fuiſſe, & vna eadémque oratione vocatos, ob id ſolùm quòd in ſupradicta formula vnicum ſit verbum *lego*, quandoquidem non aliter benè conſtrui hæc clauſula poteſt, quàm ſi verbum illud repetatur, acſi ſcriptum eſſet *Titio fundum Cornelianũ lego. Sempronio Libonianum lego:* quo caſu dubitari non poſſet, quin & re & verbis diſiuncti eſſent Titius & Sempronius. Sunt ergo & in ſupraſcripta ſpecie plures gradus

electionis,Cuius ſententiæ vis ea eſt,vt quandiu ex primo gradu perſona aliqua ſupereſt quæ poſſit eligi,nemo ſit ex ſequenti gradu eligendus,propter gradus electionis præſcriptos: Quemadmodum pluribus fideicommiſſi gradibus præſcriptis nemo ex ſequentibus gradibus fideicommiſſum petere poſſet,quandiu aliquis ex primo gradu admitti ſperaretur. An igitur fatendum erit plures electionis gradus eſſe,quoties plurium graduum electio data probabitur? Minimè verò.Sed verba quibus electio data fuerit diligenter conſideranda erunt,& diſtinguenda.Nam ſi ſic concepta ſint,vt non poſſint plures videri clauſulæ, quibus data electio eſt,ſed vna tantùm, non eſt admittendum vt plures electionis gradus præſcripti videantur, Puta ſi teſtator ita ſcripſerit *Reſtituas cui ex filijs,aut ex nepotibus,aut ex cognatis meis voles.* Hîc enim etſi trium graduum perſonæ demonſtratæ ſunt,& quidem ex iis in quas cadit ordo adfectionis & charitatis iuxta eum ipſum modum quem teſtatoris ſcriptura præſcripſit,quoniam ſiue amoris ſiue ſucceſſionis ordinem attendas prior cauſa eſt filiorum quàm nepotum, itémque nepotum quàm cognatorum:Vna tamen duntaxat clauſula eſt,quæ plures electionis gradus cõtinere nullomodo poteſt. Cur verò vna, ſi ratio illa nõ placet, quã nos iã refutauimus,quòd vnũ ſit verbũ *reſtituas*,vnũ verbum *volueris*? Vna,inquam,quia vnicum pronomẽ relatiuũ eſt *cui*, quod ſequẽtia illa omnia determinat *ex filiis,aut nepotibus,aut cognatis meis*, Nec neceſſe eſt vt ſæpius vel exprimatur vel tacitè repetatur ad orationis & clauſulæ ſenſum perficiẽdum, quandoquidem è contrario ſi repeteretur faceret plures gradus electionis,quam tamen vnicam licèt per plures perſonarum eligendarum gradus liberam vagari teſtator voluit. Refertur autem pronomen illud *cui*, non ad perſonam eligentem,vt verbum *reſtituas*,& verbum *voles*,ſed ad perſonam aliquam ex eligendis,aut ſi mauis,ex eligibilibus: Quæ res facit, vt omnium illarum perſonarum vnus tantùm gradus à teſtatore conſtitutus videatur: Omnibus ſcilicet perſonis illis in eandem ſermonis & orationis vnitatem per vnicum illud relatiuum coniunctis. Quod non ſimiliter dici poteſt cùm teſtator ita ſcripſit *cui ex filiis, aut cui ex nepotibus, aut cui ex cognatis meis voles*.Significatur enim his verbis quædam perſonarum eligendarum diſtinctio per gradus, quæ in ſuperioris formulæ verbis obſeruari nulla poteſt. Neque eſt quod quis dicat articulum illum disiunctiuum *aut* tàm ſæpe repetitum,ſufficere poſſe ad eam graduum ſiue fideicommiſſi,ſiue electionis inducendam diſtinctionem. Nam cùm electio nulla dari poſſit ſine diſiunctione & alternatione,non poteſt ſolus ille articulus diſiunctiuus facere vt plures electionis gradus eſſe intelligantur,Alioqui data electione vnius ex pluribus non modò perſonis,ſed etiam gradibus, conſequens fiet vt dici ſemper oporteat plures electionis gradus præſcriptos eſſe,& quidem ſecundum ordinem ſcripturæ, tametſi ordo ille ſcripturæ cum ordine charitatis & adfectionis non conſentiat.

ERROR TERTIVS.

De ſenſu articuli diſiunctiui poſiti inter plures gradus fideicommiſſi Ad l.cùm pater 77.§.penult.de legat.2.

FINGE

FINGE teſtatorem ita locutum *Reſtituas cui ex cognatis, vel ex nepotibus, vel ex filiis meis voles.* Si admittas plures in hac ſpecie gradus electionis præſcriptos eſſe, fatendum erit non rectè heredem electurum quemquam ex filiis, aut ex nepotibus, quandiu aliquis ex cognatorum gradu eligi poſſit. Certa nãq; & perpetua eſt illa regula: Quoties teſtator plures ſiue fideicommiſſi, ſiue electionis gradus præſcripſit, ordinẽ ſcripturæ ſequendũ eſſe, & ex eo ſumendum eſſe ordinem voluntatis *d. l. heredes mei §. vlt. d. l. cùm pater §. penul. de leg. 2.* Præſcribere ſiquidem etſi plus quàm ſcribere, tamen ſcribere eſt, cùm nihil aliud ſit, quàm ex ordine ſcribere, vt ordo ſeruetur. Non ergo ſola diſiũctio poſita in fideicõmiſſo per electionẽ relicto facere poteſt vt plures ſiue fideicõmiſſi ſiue electionis gradus præſcripti intelligantur, ſed articulus ſolus pronominis relatiui ſi poſt diſiunctionẽ fuerit repetitus, vt in allato iam exemplo. Diſiunctio enim cuius alioqui proprium eſt præcedentia ſeparare, ac diſtinguere à ſequentibus, cùm inter eligendos ponitur non modò non diſiungit eos, ſed etiam coniungit quantum ad cauſam electionis, hoc eſt vt eodem iure cenſeantur, quantum ad id, vt perinde poſſint eligi, & omnes æquè primo loco ſine vlla graduum diſtinctione: Alioqui nulla ſupererit ratio coniungendorum per electionis formulam plurium ſiue graduum ſiue perſonarum, cùm ineptus & inutilis in eam rem ſit vſus copulæ *&*, cuius è contrario proprium eſt ea omnia inter quæ ponitur coniungere. *l. ſi ita quis* 86. D. *de heredit. inſtitut.* Nec enim daretur electio ei, qui & filiis & nepotibus & cognatis reſtituere iuberetur *dicta l. cùm pater §. penultimo*, vbi, quod magis eſt, adfirmat Papinianus non eſſe datam electionem etiamſi teſtator per diſiunctionem ita locutus eſſet, *A te peto, ſi quid liberorum habueris vt illis prædia relinquas vel ſi non habueris tuis ſiue meis propinquis aut etiam liberis noſtris*, Nempe quia non ſicut facultas eligendi datur commodè per diſiunctionem: Ita poſitis è conuerſo dicere datam eſſe electionem vbicumque pluribus aliquid relictum diſiunctim fuit. Poteſt enim diſiunctio eſſe neceſſaria, etiam ad multiplicandos gradus fideicommiſſi, qui per copulam *&* multiplicari non poſſent. Vniret namque copula & coniungeret gradus, quos ſeparari oportet, vt multiplicatio inducatur: Niſi fortè quis dicat, Poſſe per copulam quoque dari electionem hoc modo, *A te peto vt liberis meis prædia relinquas, & nepotibus, & cognatis meis cui volueris*, Aut ita potiùs, *A te peto vt cui volueris ex liberis & ex nepotibus & ex cognatis meis prædia reſtituas.* Quo ſanè caſu dubitari minùs poſſet, quin eligi poſſet is quem heres primo loco vellet ex omnibus iſtis gradibus liberorum, nepotum & cognatorum, tanquam nullis ſiue fideicommiſſi, ſiue electionis gradibus præſcriptis, qui per copulam, vt iam diximus præſcribi non potuerunt. Sed tamen adhuc dicent iidem illi pragmatici contra quos diſputamus, Hoc etiam caſu accipiendam eſſe coniunctionem pro diſiunctione, vt nepotes non niſi poſt liberos, nec rurſum cognati niſi poſt nepotes vocati intelligantur, ordine vt aiunt, ſucceſſiuo, propter ordinem, qui in has perſonas cadit, charitatis & adfectionis. Secundùm ea quæ in hanc rem noſtri notare ſolent, non modò in fideicommiſſis, quæ faciliùs ex coniectura voluntatis hanc interpretationem poſſent admittere, ſed etiam in heredum inſtitutionibus *Ad l. Gallus 29. §. quidam rectè de liber. & poſt.* de quo & nos plura ſcripſimus in Decadibus præcedentibus. Ego verò faciliùs admit-

Digitized by Google

terem vt coniunctiua in diſiunctiuá reſolueretur, ad inducendam multiplicitatem graduum fideicommiſſi, cùm pluribus fideicommiſſum præciſè & abſolute relictum eſt, in quorum perſonis ordo iſte affectionis obſeruari poſſit, quàm vt mihi perſuaderem fieri vnquam poſſe, vt in fideicommiſſo per electionem relicto hæc formularum diſtinctio adhibenda eſſet, Nihil enim referre arbitror an teſtator ita dixerit: *Rogo reſtituas cui voles ex liberis, & ex nepotibus, & ex cognatis meis.* An ita, *Cui voles ex liberis aut ex nepotibus, aut ex cognatis meis.* Data enim electio facit neceſſariò vt coniunctionē pro diſiunctione accipi oporteat, ne alioqui dicendum ſit quod nemo hucuſque dixit, non aliter ſatisfactum iri hoc caſu voluntati teſtatoris, quàm ſi plures eligantur qui ſinguli ex ſingulis gradibus aſſumantur: Vnus ſcilicet ex gradu liberorum, Vnus ex gradu nepotum, Alius denique ex gradu cognatorum. Hoc enim vis & poteſtas coniunctionis poſtularet, ſi non in diſiunctionem conuerteretur. Melius ergo eſt vt dicamus vtriuſque formulæ hunc ſenſum eſſe, vt perinde habendum ſit acſi teſtator ſcripſiſſet, *Elige quem voles ſiue ex liberis, ſiue ex nepotibus, ſiue ex cognatis meis.* In qua ſpecie, quis non fateatur eſſe in heredis poteſtate vt eligat quem velit etiam ex cognatis, licèt non deſint ex liberis aut nepotibus, qui eligi poſſint? Quàm verò parùm aut nihil interſit vtra ex his diſtinctionibus, *aut, vel, ſiue*, teſtator vſus ſit, præterquàm quòd naturalem intellectum habet, cōſtat etiā *ex d. l. cùm pater §. pen.* vbi proponebatur teſtator his articulis promiſcuè vſus, cùm ita ſcripſiſſet: *Si quid liberorum habueris, illis prædia relinquas, vel ſi non habueris tuis, ſiue meis propinquis, aut etiam libertis noſtris:* tametſi in illa ſpecie nō de dāda electione, ſed de ordine ſubſtitutioni per ſcripturā faciendo, vt Papinianus loquitur, teſtator cogitaret. Quanto magis hęc vocum & formularū diuerſitas contēnenda erit, ſi appareat eam teſtatoris mentem fuiſſe, non vt fideicommiſſi gradus varios præſcriberet, ſed vt ex pluribus gradibus electionem liberam nulláque graduum diſtinctione imminutam heredi daret?

ERROR QVARTVS.

Quantùm interſit an teſtator electionem in fideicommiſſo dederit, an præſcripſerit gradus fideicommiſſi, cùm grauatus vult eligere remotiorem.

DEnique hoc volo dicere, Quoties apparet teſtatorem de danda electione cogitaſſe, numquam in dubio capiendam illam interpretationem, vt gradus vllos præſcribere voluerit ſiue fideicommiſſi, ſiue electionis. Cùm hęc ipſa *electionem dare* & *gradus præſcribere* tanquam contraria opponat Papinianus *in d. §. penult. & in d. l. heredes §. vlt.* Nec tamen nego fieri poſſe, vt in præſcribendo gradus fideicommiſſi teſtator det etiam electionēcirca plures ſingulorum graduum perſonas, *vt in d. §. vlt.* vbi poſt ſubſtitutos per fideicommiſſum liberos primùm, deinde illum ex liberis qui vnus ſupereſſet, nulla eligēdi facultate circa liberos data. Tertiò nepotes, Poſtremò cognatos, permiſerat tamen teſtator heredi, vt quem vellet ex nepotibus eligeret, deficiente nimirum gradu liberorum: Itémque ex cognatis quemlibet deficiente gradu nepotum. Verùm id obtinet, cùm electio non ex variis gradibus

Digitized by Google

bus data eſt, ſed ex variis vnius nominatim gradus perſonis. Quo caſu electionis datio diuerſitatem graduum non tollit, ſed ſuo tantùm gradui ſuam legem præſcribit, data heredi facultate præferendi quem velit ex iis qui in illo gradu conſtituti ſunt, quam facultatem alioqui non haberet. At nos cũ caſum tractamus, quo non perſonæ tantùm vnius vel alterius gradus in electione poſitæ ſint, ſed ipſi etiam gradus, data heredi facultate eligendi non ex pluribus perſonis vnius duntaxat gradus, ſed ex omnibus gradibus quem velit, ex natura relatiui non ad ſingulos pluréſve coniunctim gradus reſtricti, ſed ad omnes alternatiuè accommodati. Et ſane ſi nihil contra teſtatoris voluntatem facit ille qui vnum ex familia eligere iuſſus in qua plures erant diſparis gradus, eligit vnum ex remotioribus *d.l. vnum ex familia 67. §. 1. in fin. de leg.2.* Multò minùs contra volũtatem facere credendus ille eſt, qui ex diuerſis gradib' eligere iuſſus, eligit remotiorem. Siue dixerit teſtator *Reſtituas cui volueris ex liberis, aut ex nepotibus, aut ex cognatis meis* Siue graduũ etiã mentione facta ne dubitare quis poſſit de gradib' cũ cogitaſſe, in hũc modũ *Reſtituas cui voles ſiue ex primo, ſiue ex ſecundo, ſiue ex tertio gradu.* Apparet enim vtroque caſu factã eſſe à teſtatore graduũ diſtinctionem non vt eligendi facultatem reſtringeret, ſed vt eam potiùs augeret: Eo ſiquidem latior eſt eligendi poteſtas, quo plures ſunt perſonæ quæ poſſint eligi, Eò autem plures ſunt perſonæ, quo plures ſunt gradus earum perſonarum in quas electionis facultas cadit. Itaque quod à teſtatore factum eſt augendi animo, diminutionem operaretur, ſi ob id ſolum quòd plurium graduum vnica electionis datæ clauſula comprehenſæ ſunt, prohibeatur heres vnum eligere ex remotiore gradu, quandiu ex proximioribus alius admitti poteſt. Quod autem ad aliud Papiniani reſponſum pertinet quo iidem pragmatici contra quos diſputamus nitebantur *ex d. l. cùm pater §. penul.* facilis erat reſponſio, nihil illud ad propoſitam diſputationem pertinere. Non enim alia ratione mouetur Papinianus, vt putet ita locuto teſtatore: *A te peto vt ſi quid liberorum habueris, illis prædia mea relinquas, Vel ſi non habueris, tuis ſiue meis propinquis, aut etiam libertis noſtris:* ordinem ſcripturæ ſubſtitutioni factum eſſe, quàm quòd iis verbis nulla electio data proponeretur. Sic enim ſcribit *non eſſe datam electionem ſed ordinem ſcripturæ ſubſtitutioni factum reſpondi,* Ita innuens non obſcurè, aliud ſe reſponſurum fuiſſe, ſi electionem dare teſtator voluiſſet. Ac quamuis illo etiam loco abuti ſoleant noſtri, vt probẽt Diſiunctam poſitam inter perſonas inter quas non cadit adfectio ordinata, non reſolui in coniunctam, ſed intelligi ordine ſucceſſiuo: Non poteſt tamen diſſimulare Paulus Caſtrenſis ad eum locum, ſibi hoc nõ placere. Quia, inquit, inter eos de quibus ibi Papinianus tractat, non cadebat adfectio ordinata reſpectu eiuſdem perſonæ, quoniam vxor adfectionem habebat tantùm ad conſanguineos ſuos, non ad conſanguineos mariti: Et maritus è conuerſo ad ſuos tantùm, non ad conſanguineos vxoris. Nec eo minùs tamen admittit Papinianus, ſubſtitutioni ordinem ſcripturæ factum eſſe, vt propinqui heredis tanquàm priùs nominati propinquis teſtatoris præferantur. Ex quo infert idem Caſtrenſis & rectè ordinem ſcripturæ præponderare ordini adfectionis, quoties teſtator certos fideicommiſſi gradus præſcripſit. Alioqui præferendi eſſent in Papiniani ſpecie propinqui vxoris quæ teſtabatur, propinquis mariti, qui heres fuerat inſtitutus.

ERROR QVINTVS.

Si ex pluribus qui eligi potuerunt, nemo electus ſit, An omnes fideicommiſſum petere poſſint, & quo iure.

NVLLA electione facta per eum, cui teſtator dederat ex pluribus eligendi facultatem, Quæri ſolet, quis fideicommiſſum petere poſſit, An omnes, an nemo. Nam ſi verum eſt vt eſt, quod proximè diſputauimus, quoties vnum ex pluribus eligere heres iuſſus eſt condicionale fideicommiſſum eſſe, quippe non alij relictum quàm qui eligetur ac proinde ſub ea demum condicione ſi eligetur *l. cùm quidam 24 l. vnum ex familia 67. §. 1. in fin. l. cùm pater 77. §. hereditatem filius de legat. 2.* conſequens videtur, vt quemadmodum vno electo cæteri omnes condicione deficiunt *d. §. 1. in fin.* Ita nemine electo deficiant omnes condicione, & conſequenter nemo fideicommiſſum petere poſſit. Et tamen contrà ſcriptum eſt pleriſque iuris noſtri locis, fideicōmiſſum ſcilicet petere omnes poſſe, qui eligi potuerunt. *d. l. cùm quidam d. l. vnum ex familia §. rogo. l. Labeo 21. §. vlt. D. de ſtatulib.* Atque ita vulgo noſtri ſentiunt, omnibus qui potuerunt eligi datum videri hoc caſu fideicommiſſum, vt diſertè ſcribit Caſtrenſ. *ad d. l. vnum §. itaque & ad d. §. rogo.* An quia videantur omnes tacitè quodammodo electi? Quomodo dicimus, Mortuo patrefamiliàs inteſtato videri ab eo tacita quadam voluntate inſtitutos legitimos ſucceſſores *l. 3. l. conficiuntur 8. in princip. D. de iur. codicill. l. ab exheredati 126. de legat. 1.* Minimè verò, nec enim poſſet expreſſè ſic fieri electio vt omnes ſimul eligerentur: cùm ipſo electionis nomine ſignificetur neceſſitas præferendi aliquos cæteris. Præferri autē non poſſunt omnes, nec proinde videri elegiſſe is, qui omnes ſimul nominaſſet, parémque omnium condicionem feciſſet. Itaque tametſi fatendum ſit, nominatis, vt meliùs loquar quàm ſi dicerem electis, omnibus iis ex quibus vnum eligere heres iuſſus erat, omnes ad fideicommiſſum admitti debere. Puto tamen non alio iure nec alio modo admitti eos quàm quo admitterentur ſi nemo electus eſſet, Cùm nihil penitus interſit an neminem heres elegerit: an omnes vt nemo electus videatur. Aliúdque obſeruandum eſſe dicerem ſi teſtator ei fidei commiſſum reliquiſſet non quem heres elegiſſet, ſed quem heres nominaſſet. Omnes enim nominari nihil prohibet, quamuis omnes eligi impoſſibile ſit. Quo igitur iure fieri hoc dicemus, vt ſiue nemo electus ſit, ſiue omnes nominati fuerint ab eo qui vnum ex familia eligere iuſſus erat, omnes fideicommiſſum poſſint petere qui eligi potuerunt? Reſpōdebit Caſtrenſis, quia his caſibus, aut potiùs vno illo caſu qui ſuperiores duos continet, quo nulla electio facta ſit, fideicommiſſum omnibus relictum eſſe videatur. Sic enim ille ſupradictis locis: Notans, Facta vnius electione condicionem reſpectu aliorum deficere, & hoc caſu fideicommiſſum eſſe condicionale, Sed ſi nemo ab herede fuerit electus (quomodo apud Caſtrenſem legendum & ſupplendum eſt *in d. §. itaque)* videri datum omnibus fideicommiſſum, & quidem purum nec vlla condicione ſuſpenſum. Hoc enim ad Caſtrenſem addi oportet, vt ea inter duos iſtos caſus ſit differentia quā ille inducit. Quamquā autem neque vllo iuris loco, neque ratione aliqua Caſtrenſis nititur, vt hanc ſuam ſententiam probet, Videtur tamen poſſe nō malè probari ex eo quod

Caius

Caius ſcribit in *l.vtrum 7.§.1. D.de reb.dub.* Cùm quidam pluribus heredibus inſtitutis vnius fideicommiſit, vt cùm moreretur, vni ex coheredibus cui ipſe vellet, hereditatem reſtitueret, vtile eſſe fideicommiſſum, Ratione illa, quòd non in arbitrio eius qui rogatus eſt poſitum ſit, an omnino velit reſtituere, ſed potiùs cui reſtituat. Plurimùm namque intereſt, ait, vtrum teſtator faciat in poteſtate illius, quem obligari cogitat ſi velit dare, An poſt neceſſitatem dandi, ſolùm (ſic enim lego non *ſolius*) diſtribuendi arbitrium liberũ concedat. Quibus verbis videtur Caius innuere, Quoties alicui datur electio præcedere neceſſitatem dandi, quę faciat ne dubitari poſſit quin omnibus fideicõmiſſũ relictũ eſſe videatur. Quod ſi ita eſt, nihil ergo intererit, An vnum ex familia eligere iuſſus ſit heres, An verò fideicommiſſum reddere omnibus qui ſunt ex familia, ſi nullũ ex omnibus eligere velit. Vtriuſque enim formulæ ſecundùm Caſtrenſis ſententiam idẽ ſenſus eſt, vt grauatus ſit heres fideicommiſſum ęquè ac omnimodo reddere, vel vni, ſi aliquẽ elegerit, vel omnibus ſi neminem. Erit igitur vtroque caſu fideicommiſſum condicionale, ſed longè diuerſis condicionibus. Prioris ſiquidem fideicommiſſi quod vni relictum eſt, condicio erit adfirmatiua, Si vnum illum elegerit, Poſterioris verò negatiua, Si neminem elegerit. Hoc verò mihi probabile fieri nullomodo poteſt. Nam cùm proponatur fideicommiſſum diſertis verbis ita relictum, vt heres vnum ex familia eligere iuſſus ſit, nihil quidem fit aut præter verba, aut contra voluntatem ſi fideicommiſſum huiuſmodi quis dicat vni relictum eſſe eique incerto, ſed ex certis, ac proinde ſub condicione ſi eligetur: In eóque conuenit mihi cum Caſtrenſi & cæteris. Sed dico fieri non ſolùm præter verba, verùm etiam contra voluntatem teſtatoris ſi ex ſupradictis verbis quis dicat fideicommiſſum aliquod omnibus relictum eſſe, quod verbis apertiſſimis vni relictum fuit. At multò magis ſi quis addat, fideicommiſſum hoc quod omnibus relictum noſtri volunt, eſſe condicionale, ſi nemo eligetur. Verba enim adfirmatiua quibus teſtator vſus eſt, quomodo negatiuam condicionem includere poſſunt? Non ignoro fieri facilè poſſe, vt quod ſub condicione aliqua vni datũ eſt, ſub cõtraria condicione ademptũ, & contrà, quod ſub aliqua condicione adẽptum eſt, ſub cõtraria datũ intelligatur *l.aliquando 107.de cond.& demon. l. legata inutiliter 14. De adi.leg.* Sed vt quod vni ſub aliqua condicione datum eſt, videatur ea deficiente aliis datum eſſe ſub cõtraria cõdicione. Id verò auſim dicere nuſpiam ſcriptum eſſe, nec ſcribi vllo vnquam loco potuiſſe. Sed etſi fideicommiſſum à teſtatore ita relictum proponeretur *omnibus qui ex familia ſunt, niſi vnum ex omnibus eligere heres malit*: quibus verbis dubitari non poſſet quin fideicõmiſſum omnibus datũ eſſet, adhuc tamen dici poſſet fideicõmiſſũ illud eſſe quaſi cõdicionale, primáq; heredis voluntatẽ exigere vt nõ priùs ad fideicõmiſſum omnes de familia poſſent admitti quàm heres dixiſſet nolle ſe quẽquam eligere *l. fideicommiſſa 11. §.ſic fideicõmiſſum relictũ De legat.3.* vbi tamen teſtator ſic dixerat *Niſi heres meus noluerit* quæ locutio valde diuerſa eſt ab illa quam nos proponimus *Niſi vnum ex omnibus eligere heres malit*, quia verbũ *malit*, quod ſuo ſenſu implicitũ continet, verbũ *velit*, temporis tractum habet & extenſiuum eſt ad tempus futurũ vt Vlpianus noſter ſubiungit *in §.ſeq. & in l.1.§.ſi quis adita D.ad SC. Tertyll.* quod non ſimiliter dici poteſt de verbo *noluerit*, cuius poteſtas prima noluntatis declaratione conſumitur. *d. §. ſic fideicommiſſum.* Ergo quandiu poteſt he-

Digitized by Google

res vnum ex omnibus eligere, tandiu nemo dixerit omnibus ex familia fideicommiſſum relictum eſſe, nec ſi fideicommiſſum iis quæ proximè retulimus verbis conceptum proponatur: Cui conſequens fiet vt ſi aliqui ex familia viuo herede deceſſerint, nihil ad heredes ſuos tranſmittant, quaſi pendente legati condicione defuncti *d.l.fideicommiſſa §.hoc autem*, quod non æquè dici poſſet ſi fideicommiſſum eſſet purum, & quaſi præſenti die datum *d.l.cùm quidam 24.de legat.2.* Quantò minùs igitur dicendum erit cum Paulo Caſtrenſi, datum videri omnibus fideicommiſſum, quod teſtator dedit vni ex familia quem heres eligeret, ſi nulla ſit ſecuta electio.

ERROR SEXTVS.

De ſententia & ratione l.vnum ex familia 67.§.rogo.de legat.2.

SEd hæc fortaſſe magis ſubtilia quàm vera videbuntur, niſi Papinianum ipſum à nobis ſtare oſtendamus. Id verò apertiſſimũ fiet, prolatis iis ipſis Papiniani verbis in quorũ interpretatione à Caſtrenſi diſſentimus, quæ extant *in d.l.vnum ex familia §.rogo*, in cuius ſpecie ita ſcripſerat teſtator: *Rogo fundum cùm morieris reſtituas ex libertis cui voles.* Ait Papinianus, quod ad verba attinet ipſius eſſe electionem, id eſt non alium ex his verbis poſſe fideicommiſſum petere, quàm qui electus erit ab herede, ſiue verba, ſiue mentem teſtatoris inſpicias: nec proinde petere quemquam poſſe quandiu alius præferri poteſt, id eſt quandiu heres viuit, quia toto eo tempore liberam habet mutandæ electionis facultatem: Non ex natura electionis, ſed quia non niſi cùm moreretur eligere iuſſus erat *d.l.vnũ in princ.* Qui enim prius petere vellet, non ſolùm præmaturè peteret, ſed etiam nullo iure, quia ſe fideicommiſſarium eſſe probare nullomodo poſſet: quòd tamen cuilibet fideicommiſſum petenti neceſſariò probandum eſt. *l. poſtquàm 5.§.ſi dies D. vt legat.ſeu fideic. ſeruand. cauſ.caueat.* Et quidem ex verbis teſtamenti *l.quidam cum filiumfamilias 46. D.de hered.inſtit.l.Lucius 78.§.1.& ſeq.ad SC.Trebell.* Niſi verba quæ deſunt ſuppleri poſſint iuſta interpretatione, vel eorum qui ius facere poſſunt autoritate ſuppleantur. *d.l.vnum §.ſi omiſſa & §.vlt. de legat.2.l.ex facto.17.in princip.l.qui filium 74. ad SC. Trebell. l. verbum volo. 10. C. de fideic.* Quid ergo ſi defunctus ſit heres priùs quàm aliquem eligeret? *Petent omnes* inquit Papinianus: ſed ita tamen vt non repetat quod circa priorem ſpeciem dixerat *quod ad verba attinet.* Neque enim dici poteſt fieri ex verbis id, quod aduerſus verba ipſa fit, & verbis non modò non fauentibus, ſed etiam repugnãtibus. Quid verò magis repugnans, quàm vt fideicommiſsũ quod vni datũ eſt, omnib' datũ interpretemur? An non dicimus *Vnũ* ad differentiã *omniũ*. Et viciſſim *omnes* ad differentiã vnius? Et tamen ita eſſe in propoſita ſpecie vt fideicommiſſum hoc, quod omnes petunt vni ſoli relictum ſit, teſtatur euidentiſſimè Papinianus ipſe *in d.§.rogo*, cùm ſubiicit in hunc modum: *Itaque eueniet vt quod vni datum eſt, viuis pluribus vnus, petere non poſſit, ſed omnes petant, quod non omnibus datum eſt.* Quid verò ſcribere potuit ille apertiùs, vt id ipſum exprimeret quod nos aſſerimus fideicommiſſum hoc quod ſecundùm verba non niſi vni datum eſt, non poſſe videri omnibus datum eſſe? Nec tamen

tamen dat manus Caſtrenſis,ſed vt vim huius obiectionis effugiat, ſic interpretatur verba illa Papiniani, *quod non omnibus datum eſt* vt de ſuo ſubaudiat & ſuppleat *ſi vnus eligatur*. Sed ſi nullus eligitur, inquit, omnibus datum videtur. At probabilis interpretatio hæc non eſt. Non enim ſic Papinianus loquitur vt ſimpliciter dicat, hoc fideicommiſſum non omnibus datum eſſe, ſed ita ſcribit tractans de fideicommiſſo quod omnes petunt. Ergo vult eo ipſo caſu quo petunt omnes hoc fideicommiſſum, non omnibus tamen datum illud eſſe. Atqui non omnes petunt eo caſu quo vnus eligatur, ſed quo nullus. Senſit igitur Papinianus hoc fideicommiſſum nullo penitus caſu omnibus datū eſſe, Id eſt ne tum quidē cùm nullus electus fuit. Vno enim electo ſuperuacuum eſſet monere, non omnibus datum eſſe id quod non omnes petant, ſed vnus duntaxat. Quis enim de eo dubitaret? Itaque negari non poteſt, quin Papiniani ſententia cum noſtra conſentiat. Sed illud tamen adhuc mirum eſt, quod nec Papinianus ipſe explicat. Quo igitur iure fiat vt omnes qui ſunt ex familia nemine electo petant fideicommiſſum, quod neque omnibus datum eſt vt probauimus, neque verò vni, propter defectam ſcilicet condicionem ſub qua vni datum fuerat, id eſt ſi eligeretur. Nam & hoc dignum obſeruatione eſt, quod non ita ſcribit Papinianus *ſed omnes petant quod vni datum eſt*, ſed ita *quod non omnibus*: Nimirū quia nec omnibus, nec vni datum poteſt videri fideicommiſſum eo caſu, quo petunt omnes. Cùm non aliter omnes petant, quàm ſi nullus ſit electus: quod cùm euenit, quis eſt qui fideicommiſſum ſibi vni relictum poſſit dicere? Ratio quam quærimus, ni fallor, quæ facit vt electo nemine omnes fideicommiſſum petant quod non omibus datum fuit, illa ſola adferri poteſt, quòd alioqui neceſſe eſſet euenire vt ob non factam electionem fideicommiſſum intercideret ab eo præſtandum qui vnum ex familia eligere iuſſus erat: Quo admiſſo illud etiam eueniret, vt in eius eſſet poteſtate facere ne vlli fideicommiſſum deberet, ſicut in eius poteſtate eſt, vt vel aliquem eligat, vel neminem. Atqui hoc abſurdum eſſet alienúmque à ratione iuris quæ nunquam patitur vt in poteſtate ſit debitoris an debeat *l.2.§.Scæuola aliàs l. non vtique D. de eo quod cert.loc. l.ſub hac condicione 8.D.de obli.& actiō.* Nec magis ſi de fideicommiſſo quàm ſi de legato in heredis arbitrium & voluntatem conferendo tractetur *d.l.vtrum 7.§.1.D.de reb.dub.l.Senatus 43.§.legatum.de legat.1.l.fideicommiſſa 46.D.de fideic.libert.* Et ſicuti numquam debet in poteſtate debitoris eſſe an debeat, ita nec facere an debeat, vel non debeat, id eſt vt eximat ſe ab obligatione, factóque ſuo ſuam obligationem tollat *l.nec ei 17.§.1.D.de ado. l.ſi ſeruum 91.§.nunc videamus D.de verb.obligat.* Ne igitur abſurdum hoc eueniat, neceſſariò inducendum & recipiendum fuit, vt ſi neminem elegiſſet is, qui vnum ex familia eligere iuſſus fuiſſet, perinde poſſent omnes petere fideicommiſſum, quod non omnibus datum eſt, ac ſi omnibus datum eſſet. Alterutrum enim admitti neceſſe fuit, vt vel omnes fideicommiſſum petere poſſent, vel nemo. Vnus námque vt poſſet petere fieri nullo modo poterat, cùm ſciri non poſſet electo nemine quis vnus ille eſſet qui fideicommiſſum ſibi datum dicere poſſet. Quamquam non tam incertitudo iſta eſt quæ facit ne poſſit quiſquam ſolus ceſſante electione petere fideicommiſſum eligendo vni datum, quàm quòd ſi ſingulos inſpicias qui eligi potuerunt, verum eſt in omnium perſonis defeciſſe condicionem, quæ in cuiuſque ſingulatim perſona impleri poterat, ſi electus is fuiſſet, ac quam impleri oportuerat, vt poſ-

Digitized by Google

ſet vnus ille ad fideicommiſſum admitti: Tantùm abeſt vt dici poſſit in omnium perſona extitiſſe condicionem, quæ in ſingulorum perſonis defecit. Ex quo intelligimus totum hoc ius de omnibus admittendis ad petendũ fideicommiſſum quod non omnibus datum fuit, atque ita verbis ipſis repugnantibus, ex interpretatione aliqua deſcendere: eáq; non voluntatis, ſed iuris, adiuuantis volũtatẽ teſtatoris, ne circũueniri eã ab herede patiatur potiùs quàm ſupplentis aut verba teſtamẽti, aut voluntatẽ teſtatoris in aperta verborũ ſententia: quod Iureconſulti facere nũquam ſolent: quippe quorũ munus ſemper fuerit vt ſæpius ex Curacio monuimus, interpretari, non ſupplere *l. commodiſsimè* 10. *D. de liber. & poſthum.* Nego eſſe hanc interpretationem voluntatis, quia is qui vni fideicommiſſum relinquit quem heres elegerit, nihil prorſus exprimit, propter quod videri poſſit ea eſſe voluntate, vt ſi nemo eligatur, omnes ad fideicommiſſum admittantur. Nam præter id quod ipſa formula verborum, ex quibus potiſſimùm ac multò certiùs voluntas deprehenditur, ſuadet potiùs vt non omnibus fideicommiſſum dare voluerit is, qui vni dedit, quemadmodum vnius electio excludit in totum cæteros, *d. l. vnum* §. 1. *verſ. itaque*, Illud etiam multò conuenientiùs ac veriſimiliùs diſputari poſſet, Eum qui vno electo cæteros omnes excludi voluit quaſi defectos condicione, perinde voluiſſe excludi omnes quaſi condicione defecta ſi nemo eligeretur, vt eadem ſit ratio omnium, quantum ad omnes, quæ vnius quantum ad vnum. Eſt igitur hæc interpretatio iuris potiùs quàm voluntatis. Neceſſe ſiquidem eſt vt ius hac parte ſe interponat ne ſit in arbitrio heredis grauati neminem eligendo, fideicommiſſum eludere, & in pœnam non factæ electionis, in quo ſi non dolus certè negligentia ſaltem aliqua verſatur vt tractat Bart. *ad l. ſi quis Titio* 17. §. 1. *de legat.* 2. Ita autem ſe ius interponit, vt patiatur omnes fideicommiſſum petere, non quaſi ea fuerit defuncti voluntas, ſed quia nihil melius habet quod conſtituat: Vt ſunt alia pleraque iure ciuili vel recepta vel conſtituta, non aliã ob cauſã, quàm quia nihil melius dici poſſit, Quale illud eſt vt frater fratri, agnatus agnato proximo ſuccedat. Nec enim aut votum naturæ aut ratio vlla miſerationis hereditatem fratris fratri adiudicat, vt ſolemus dicere cùm de parentum, aut liberorum ſucceſſionibus diſputamus *l. ſcripto* 7. §. *vlt. D. vnd. libe.* ſed ratio illa ſola, quòd poſt parentes & liberos perſona nulla ſit quam aut fratri præferri, aut cum fratre concurrere æquum ſit.

ERROR SEPTIMVS.

De pluribus ob nullam electionem factam ad fideicommiſſum admittendis. An ſimul, an ex ordine. Et ad Nouell. 1. §. exheredatos de hered. & falcid.

Porrò cùm iuſta interpretatione ita fiat vt ſi is qui vnum ex familia eligere iuſſus erat, neminem elegerit, omnes poſſint fideicommiſſum petere quod in caſum electionis vni datum fuerat, in caſum vero nullius ſecutæ electionis, nemini: Conſequens eſt, vt non omnes qui eligi potuerunt, admitti debeant ad petitionem fideicommiſſi, ſed ij tantùm quos iuris ratio habeat pro fauorabilioribus, & qui aliqua de cauſa digniores

Digitized by Google

res videri debeant, qui cæteris præferantur. Proinde ſi ponas in ea familia plures fuiſſe perſonas diſparis gradus, quamuis potuerit grauatus heres vnum eligere ex remotioribus quoque gradibus ſecundum ea quæ in præcedentibus diſputauimus, nulla tamen facta electione ſic temperanda res erit, vt proximiores priore loco inuitati videantur. Nam & eadem iuris interpretatio adhiberetur, tametſi omnibus, qui ex familia ſunt, fideicommiſſum relictum eſſet *l. omnia 32. aliàs l. cùm ita §. in fideicommiſſo l. peto 69. §. fratre de legat. 2.* Nemo autem dixerit melioris condicionis eſſe debere illos, qui in remotiore gradu familiæ conſtituti ſunt, cùm fideicommiſſum petunt, quod ipſis datum non fuit, quàm forent ſi fideicommiſſum peterent ſibi datum. Præſertim cùm id, quod dicimus, fideicommiſſo familiæ relicto præferri proximiores, non ex verbis fiat, ſed ex iuris interpretatione, ſic accipientis voluntatem teſtatoris, quaſi teſtator iuris rationem, & ordinem ſequi voluerit, qui alioquin ſi remotiores cum proximioribus concurrerent, perverteretur *l. vlt. C. de verb. ſignific.* Quanto magis eadem iuris interpretatio facienda erit, illo caſu quo nihil aliud ſit quod fideicommiſſum faciat præter ipſam iuris interpretationem? Neque verò nouum eſt, vt latiùs pateat cauſa voluntatis quàm iuris. Idem namque accidit aliis caſibus pleriſque, ac ferè ſemper, quia lex ſubſequitur voluntatem dummodò iuſtam, non voluntas legem, niſi hactenus vt contra legem nihil fiat, adeò vt quamuis cauſa teſtati præcedat cauſam inteſtati, ſi nihil niſi iuris rationem ſpectemus, aliud tamen dici oporteat ſi teſtatoris voluntas illa fuerat vt cauſa inteſtati præcederet, teſtati verò ſequeretur. *l. ſi quis ita 82. D. de hered. inſtit.* Et in ea ipſa ſpecie quam tractamus cùm fideicōmiſſum familiæ relictū eſt, etiamſi verum ſit quod diximus proximiores remotioribus anteponendos eſſe, ſi tamen teſtator ad remotiores voluntatem ſuam extenderit non dubitatur quin admitti remotiores debeant ſiue vnà cum remotioribus, ſiue etiam ante remotiores ſi ea teſtatoris voluntas fuit vt potior ſemper ſit cauſa voluntatis quàm iuris, dum ne ius voluntati reſiſtat *d. §. in fideicommiſſo.* Eâdem ratione dicendum eſt, Si quid ſit quod impediat, ne proximiores admitti poſſint, admittendos etiam primo loco remotiores, puta ſi eum qui erat in proximiore gradu familiæ teſtator per aliam teſtamenti clauſulam à bonis omnibus ſuis deiecerit quòd eum putaret indignum, ſiue indignitatis cauſam iuſtam habuerit, ſiue iniuſtam: Nec enim iuſta eſſet illa interpretatio quæ indignum & à teſtatoris ſubſtantia iam expulſum cum aliis nec indignis nec expulſis admitteret, Multò minùs illa quæ indignū hunc & expulſum cæteris anteponeret, eo ſolo prætextu quod proximior eſſet. Solet enim proximitas iis ſolis prodeſſe quibus nihil obſtat, & facere vt cæteris paribus præferendi ſint proximiores, non autem hactenus vt omnimodo præferantur etiamſi aliquid ſit propter quod debeant repelli. Quid verò iniuſtius dici poteſt, quàm eum qui à teſtatore propria ſubſtantia pulſus eſt vocari ad res quarum participem eum fieri teſtator noluerit? quomodo ratiocinatur Iuſtinianus *in Nouell. 1. §. exheredatos de hered. & falcid.* quo loco etſi loquitur de filio à patre exheredato, & quidem iuſtè ita vt nihil ex patris habeat voluntate: habet tamen ea ratio perinde locum in quolibet etiā extraneo quem teſtator ex cauſa aliqua ſiue vera, ſiue falſa, ſiue iuſta, ſiue iniuſta à bonis ſuis ſummouerit. Nam & huic conueniunt verba illa Iuſti-

Digitized by Google

niani *eum qui à teſtatore propria ſubſtantia pulſus eſt*: Nec maior ratio eſt cur ei faueamus qui à bonis teſtatoris ſummotus eſt citra exheredationem cùm exheredari non debuerit, puta quoniam extraneus fuit, qui exheredari niſi ineptè non poſſet, *l. quidam 132. de verb. obligat.* quàm ſi ex liberis & exheredatus eſſet. In liberis namque expreſſam & ſollennem exheredationem requirimus, eámque iuſtam, quia difficilius eſt vt à paterna hereditate ſummoueantur liberi qui alioquin forent ſui heredes *l. in ſuis 11. De libert. & poſthum.* quíque paternam petendo ſucceſſionem penè ad propria bona veniunt *l. 1. §. largiùs. D. de ſucceſſ. edict.* Ergo in cæteris quos exheredari non eſt neceſſe, idem admittendũ erit etiamſi neque exheredati ſint, neque exheredationis cauſam vllam admiſerint, cùm ſufficiat quòd noluerit teſtator bona ſua ad eos peruenire, vt ab eius bonis omnino excludantur, ne alioqui eueniat vt faciliùs admittantur ij, qui faciliùs excluduntur. Nec quod Iuſtin. eo loco de teſtatoris hereditate tractat, nos verò de fideicommiſſo agimus, quicquam ad rem facit. Nam & per fideicommiſſum ſucceditur teſtatori, non minùs, quàm per cauſam hereditatis *l. coheredi 41. §. cùm filia De vulg. & pupill. ſubſtit. l. ſequens quæſtio 67. de legat. 2. l. 1. 2. & paſſ. D. ad SC. Trebell.* Cæterùm quàm accommodata ſit nouella illa Iuſtiniani conſtitutio ad eum caſum quem tractamus, ex eo apparet, quòd ex ea conſtitutione vocantur ad hereditatem etiam illi, quibus teſtator hereditatem non dedit: ſed vel fideicommiſſum, vel legatum, vel libertatem: Quomodo in ſpecie qua de agimus, fideicommiſſum petunt illi quibus tamen fideicommiſſum nullum datum eſt, vtrumque ſolius iuris poteſtate, ſed hac tantùm differentia quod fuit autoritas Iuſtiniani neceſſaria vt ius nouum illud induceretur, quo permittitur etiam ei qui heres ſcriptus non ſit adire ex teſtamento hereditatem: At potuit ſufficere iuris communis ratio & interpretatio, vt nulla facta electione poſſent fideicommiſſum petere illi etiam quibus datum non eſſet ſi modò eligi potuiſſent. Quemadmodum igitur Iuſtinianus non omnes eos quibus teſtamento aliquid datum eſt ſimul ad hereditatem admittit, ſed ex ordine, ita vt potior ſit cauſa ſubſtituti, deinde coheredis, tùm fideicommiſſarij vniuerſalis, poſtea legatarij aut fideicommiſſarij ſingularis cui plus relictum ſit, ſubinde illius qui libertatem aut directam, aut fideicommiſſariam meruit, denique legitimorum heredum, & poſt omnes fiſci, Ita & in propoſito fatendum eſt eum ordinem ſeruari debere, vt in fideicommiſſo quod non omnibus datum ab omnibus tamen petitur, potior ſit cauſa proximiorum ſi non ſint excluſi: Remotiorum verò ſi proximiores, aut indigni aut excluſi reperiantur. Nec diſtinguemus an iis, quos teſtator excluſit aliquid dederit quo eos iuſſerit eſſe contentos, an nihil. Non enim minoris poteſtatis excluſio eſt, vno quàm alio caſu *l. peto. 69. in princip.* & ibi noſtri notant *De legat. 2. l. quæſitum. 78. §. 1. de legat. 3.* Et quod Iuſtinianus *in d. §. exheredatos*, de iis exheredatis loquitur, qui nihil penitus habeant ex ſubſtantia teſtatoris, non eò pertinet vt fauorabilior illorum cauſa eſſe debeat, qui aliquo accepto à reliquis bonis excluſi ſunt, ſed vt appareat Iuſtinianũ, qui eo loco de exheredatis liberis tractat, adeóque de iis tãtùm, qui iuſtè exheredati ſint, quibus vix eſt vt à parente quicquam relinquatur, non de iis agere qui vel bona mente exheredati fuerint, quomodo multi olim exheredabantur, *l. multi 19. De liber. & poſthum.* vel in minima aliqua hereditatis parte inſtituti, atque ita effectu ipſo licèt non expreſſim à reliqua here-

ditate

ditate excluſi, quos alia Iuſtiniani conſtitutio habet pro inſtitutis in tota legitima portione *l.omnimodo.30.C.de inoff. teſtam.* Horum enim cauſa minùs odioſa videri debet, quaſi quos teſtator non tam odio aliquo ſit proſecutus, quàm minùs amauerit: Quæ res non facit eos indignos,quominùs ex beneficio legis admitti poſſint ad hereditatem adeundam quæ ab aliis fuerit repudiata:Quemadmodum & ſi Bartolo noſtro credimus & cæteris *ad l. quoties.13.C.de hered.inſt.* haberent etiam ius adcreſcendi.Quamquam poſſet dici,multò faciliùs poſſe ius adcreſcendi ſaluum alicui conſeruari , quàm ius ſuccedendi per fideicommiſſum in bonis à quibus fuerit per teſtatorem excluſus etiam aliquo accepto , Cùm ius adcreſcendi non poſſit à teſtatore prohiberi ſecundum eam ſententiam quam nos in ſuperioribus Decadibus contra Bartolum defendimus,liberum autem ſit cuilibet alios omnes præterquàm ſi ſint ex aſcendentibus aut deſcendentibus à ſucceſſione ſua pro arbitrio ſummouere, Nulla quoque adiecta cauſa,multò magis verò ſi aliqua adiecta ſit, ſed quæ vera probari non poſſit , neque aliud in aſcendentibus & deſcendentibus ipſis conſtituendū eſt,ſi tales ſint,quos nec inſtituere nec exheredare ſit neceſſe , id eſt ſi ab alio qui in proximiore gradu ſit anteuertantur : Hos enim neque inſtitui, neque exheredari neceſſe eſt, niſi neceſſitate,vt noſtri loquuntur,cauſatiua, id eſt ideo tantùm ne rumpant quandoque teſtamentum ſuccedendo in locum eius à quo teſtamenti tempore anteuertebantur.

ERROR OCTAVVS.

De perſona præterita quæ habetur pro exheredata ,an poſſit fideicommiſſum petere inter cæteros qui ſunt ex familia.

SEd etſi teſtamentū ab eo factū proponas cuius præteritio pro exheredatione eſse poſſit & debeat,puta ſi mater ſit , aut auus maternus,idipſum iuris obtinere debet, quod obtineret in teſtamēto extranei,vt qui à bonis teſtatoris eiuſmodi teſtamēto ſummotus, & excluſus eſt,non magis fideicommiſſum petere poſſit,inter cæteros qui ſunt ex familia,quàm ſi eſſet cum iuſtę cauſę adiectione exheredatus: Non tā ob id quòd pro exheredato haberi debeat hic qui præteritus fuit,id eſt neque inſtitutus nominatim neque exheredatus,tametſi aliquid ei legatū proponatur ne per obliuionē pręteritus videri poſſit, *§.poſthum. Inſt. de exher.lib.* Quā propter ſpecialem & nominatim factā excluſionem,quæ omnino certè neceſſaria eſt, vt excludatur hic à fideicōmiſſi petitione ad quam cęteri omnes qui ex familia ſunt admittuntur.Præteritio enim ſola etſi pro exheredatione habetur, non tamen adeò indignū facit eū qui præteritus eſt,quominùs alia via & per fideicōmiſsū ad bona teſtatoris admitti poſſit,atque ſi eum teſtator nominatim & expreſſim à bonis ſuis omnibus expuliſset,Niſi ponas præteritum fuiſse adiecta aliqua præteritionis cauſa eáque iuſta qualem requirit Iuſtiniani Conſtitutio *Nouell.115.Vt cùm de appel.cognoſc.§. aliud quoque capitulum.* Vix enim dici poſſit quamobrem vel in quo minoris poteſtatis eſse debeat eiuſmodi præteritio quàm exheredatio nominatim facta. Sed cùm ea cauſæ adiectio non ſit præciſè & abſolutè neceſſaria in quacumque præteritione pro exheredatione habenda, at illo ſolùm caſu quo ea perſona præterita ſit quæ primum in

Digitized by Google

cauſa ſucceſſionis gradum locúmque obtineat, volo dicere non omnem præteritionem quæ pro exheredatione ſit, tantam vim habere poſſe ad ſummouendum præteritum à petitione fideicommiſſi, quántam haberet nominatim facta excluſio. Eſt enim ſimilior exheredationi & proximior excluſio, quàm præteritio, etiam quæ pro exheredatione habeatur. Maximè verò ſi ponas nullum huiuſmodi excluſionis effectum alium eſſe poſſe, quàm vt excluſum qui à teſtatoris omnibus bonis expulſus fuit, arceat à petitione fideicōmiſſi, quod continget facilè, quoties talis erit excluſus, vt nihil ei ab inuito teſtatore relinqui debuerit, nec ille quicquā ex bonis teſtatoris, niſi ab eius liberalitate ſperare. Tritum namque ac veriſſimū eſt ſic interpretandas omnes ſiue teſtamenti ſiue contractus clauſulas, imò ſingula clauſularū verba, vt aliquid operentur. *vulg. l. ſi quando* 109. *de leg.* 1. Erit verò hoc indubitatius ſi teſtator eā excluſionis, & vt loquūtur, priuationis quam irrogauit cauſam attulerit quę oſtendat habitum ab eo fuiſſe pro indigno illum quem excluſit, ſiue ratio indignitatis aliqua interuenerit, ſiue colorem illum quæſiuerit teſtator, vt erga illum malè ſe probaret affectum. Nam & cùm teſtator pluribus legatum dedit ſub eo nomine quod omnibus æquè conueniat, & omnes comprehendere aptum ſit, conſtat tamen ad legatū admitti eos nō poſſe quos teſtator aliquando proſecutus eſt odio niſi probent conciliationē interueniſſe *l. Lucius* 88. *§. Lucius Titius Damam de leg.* 2. vbi rectè Bartolus notat, in generali teſtatoris diſpoſitione non contineri perſonas odioſas, cui non diſſimiliter Baldus *ad l.* 1. *D. teſtam. quemad. inſpic.* verba generalia reſtringenda ſemper eſſe ad honeſtos petitores. Quanto magis dicendum eſt, ad fideicommiſſum, quod non tam ex verbis teſtamenti aut ex mente ac ſententia teſtatoris, quàm ex mero legis beneficio per iuſtam interpretationem inducatur, admitti eos non debere qui vel teſtatorem re vera offenderint, vel quaſi offenderint, ab eo ſint nominatim excluſi? Faciliùs enim lex à ſeipſa poteſt hanc interpretationem euincere verbis fideicommiſſi, neque fauentibus, neque repugnantibus, quàm ſi verba repugnarent, quomodo repugnare videbantur in ſpecie *d. §. Lucius Titius Damam.* Etſi ea quoque ratio vim excluſionis auget, quòd verba generalia non ſolent eos comprehendere de quibus aliquid iam ſpecialiter cautum, & diſpoſitum fuit, Nec ſi fauorabilis fuit diſpoſitio vt cernere eſt in ſpecie *l. cohered:* 41. *§. qui patrem de vulg. & pup. ſubſt. l. alimenta* 16. *§. Baſilica l. Stichus* 20. *De alim. & cibar. leg.* Multò igitur minùs eos comprehendent de quibus antea nominatim cautum & diſpoſitum reperiatur in eorum odium & ad ipſos à bonis teſtatoris omnibus, ac in totum excludendos: Ne alioqui videamur inconſtantiam exprobrare teſtatori qui tam citò, ac ſine cauſa mutauerit voluntatem *vulg. l. nō ad ea* 89. *ff. de condic. & demonſtr.* Eſtque longè fauorabilior & plauſibilior illa interpretatio quæ clauſulam vnam teſtamenti ex alia intelligendam eſſe docet *vulg. l. qui filiabus* 14. *de leg.* 1. Non eſt ſupradictis contrarium, quod ſcriptum eſt in *d. l. cùm quidam* 24. *l. vnum ex familia* 67. *§. rogo de le.* 2. *l. Labeo* 21. *§. vlt. ff. de ſtatulib.* Nemine electo ex iis qui eligi potuerunt admitti omnes ad fideicommiſſum nulla diſtinctione adhibita, vtrum ex iis quidam proximiores ſint, aut digniores. Nam præter id quod omnibus iis locis agitur de libertis qui omnes æquè liberti ſunt, & in quos vix vllus ordo adfectionis, vllàve graduum diſtinctio cadere poteſt, non ſunt iſta pugnantia, Admitti omnes ad fideicommiſſum, quod Iureconſulti ſupradictis locis

aiunt.

aiunt, & quod nos volumus, admitti ex ordine ita vt proximiores remotioribus præferantur: nam & Papinianus noſter ita loquitur *in d. l. peto 69. §. fratre de leg.* 2. vt duo iſta quaſi æquè ac ſimul vera coniungat. Quanquam ſi de excludendo eo agatur qui non remotior ſit ſed à teſtatore iam excluſus, nunquam admittam vt poſſit hic fideicommiſſum petere non modò cum cæteris, at neque poſt cęteros, ita vt fiſcum potiùs ei pręferri oporteat quàm vt vllo ſiue caſu ſiue tempore contra teſtatoris voluntatem petens audiatur, quomodo Bartolus ſentit de filio exheredato in ſpecie *d. §. exheredatos Nouell. 1. de hered. & falcid.* Nec enim quicquam hac parte diſtat inter exheredationem, & expreſſā ac ſpecialiter à teſtatore factam excluſionem vt oſtendimus. Et omni caſu exceptio doli obſtat ei qui aliquid petit ex teſtamento contra voluntatem *l. 1. § vlt. l. 4. §. præterea l. dolo* 8. *§. 1. D. de doli mal. except.* Superioribus ſimile eſt quòd ſi teſtator fundum aliquem familiæ aut vni ex familia relictum, de familia exire prohibuerit, placet omnes qui ſunt ex familia fideicommiſſum petere poſſe in caſum contrauentionis, id eſt ſi fundus ille extra familiam alienetur *l. filiusfamilias* 114. *§. Diui* 2. *de legat.* 1. An quia fideicommiſſum huiuſmodi à teſtatore datum ſit? Minimè. Nulla enim hîc verba ſunt precaria ex quibus fideicommiſſum æſtimatur, ſed prohibitoria. Sed quia nihil eſt quod iuris interpretatio facere meliùs poſſit ad conſeruandam defuncti voluntatem, quæ illa fuit vt fundus non alienaretur. Non enim aliter reuocari poteſt alienatio quàm ſi fideicommiſſum inducatur in eorū fauorē qui ex familia ſuperſunt. Indéque fit vt ea ipſa iuris interpretatio quæ fideicōmiſſum hoc inducit, non omnes inuitet qui ſunt ex familia, ſed iuris ordine ſeruato, id eſt proximiores primo loco *d. l. peto* 69. *§. fratre de leg.* 2. Item vt ab huiuſmodi fideicommiſſo arceantur illi omnes qui partes ſuas alienauerunt, & eandem voluntatem teſtatoris offenderunt *l. cùm pater* 77. *§. libertis eod. tit.* Denique vt ad hoc fideicommiſſum inuitati videantur etiam ii quibus heredes extranei fideicommiſſam libertatem reddiderunt. *d. l. cùm pater §. fides heredum*, quamuis verum ſit iſtos nec de nomine eſſe nec de familia teſtatoris, nempe quia cùm tale fideicommiſſum non ex verbis, ſed ex ſola iuris interpretatione inducatur, nec tam ex voluntate, quàm ad conſeruandam voluntatem, vtique recipit aliam interpretationem, prout ratio iuris & æquitatis dictare videtur, quod non ſimiliter obtineret ſi fideicommiſſum ex verbis ipſis deberetur. Tunc enim verba ſpectanda eſſent quæ ſi aperta & clara proponerentur, nullam interpretationem exigerent, nec eam facilè paterentur *d. l. cùm quidam* 24. *de leg.* 2. *l. ille aut ille* 25. *§. 1. l. non aliter* 69. *de leg.* 3.

ERROR NONVS.

Si teſtator eum quem à bonis ſuis omnibus excluſerat, poſtea eligi permiſerit.

AT pone, quod aliquando ex facto contigiſſe ſcio, auum maternum qui cùm plures ex filia nepotes haberet maſculum vnum, fœminas duas, & ex ſingulis nepotibus plures quoque at diſparis numeri, ſexúſque pronepotes, poſt excluſum à bonis ſuis nepotem adiecta etiam cauſa quòd inuito ſe ac inuita matre vxorem minùs congruam duxiſſet, ma-

Digitized by Google

trique ſuæ & eidem filiæ teſtatoris litem de paternis bonis minatus eſſet, Eodem tamen teſtamento inſtitutam ex aſſe filiam grauaſſe, vt cùm moreretur hereditatem reſtitueret illi vel illis quos ex tribus liberis ſuis aut liberorum liberis nominare vellet, Iniunćto prætereà onere illi illiſve qui nominati eſſent vt nomen & inſignia teſtatoris perpetuò deferrent ad familiam eius perpetuandam : Neque tamen vllam à filia quandiu vixit nominationem factam eſſe, ſed defunctam eam ſuperſtite illo ipſo filio quem auus excluſerat, itémque ſuperſtitibus pronepotibus ex filiabus prædefunctis: Conſtabat non eò minùs fideicommiſſum deberi, quòd filia vnum pluréſve nominare iuſſa nominato nemine deceſſiſſet. At quærebatur, An nepos ille ab auo excluſus ad huiuſmodi fideicommiſſum ante pronepotes aut ſaltem cum pronepotibus admitti deberet. Is enim ſe non modò ſimul cum cæteris admittendũ eſſe contendebat, ſed etiam præ cæteris & ante omnes, quòd proximiore gradu eſſet, quòd maſculus & hoc ipſo ad arma teſtatoris deferenda magis idoneus, quòd teſtatori cognitus fuiſſet, denique quòd primo loco nominatus quaſi teſtator per ſcripturæ ordinem gradus electionis, & conſequenter fideicommiſſi præſcripſiſſet, vt in *l. cùm pater*, 77. *§. pen. de leg. 2. l. heredes mei* 57. *§. vlt. D. ad SC. Trebell.* Sic enim habebant verba Gallica, quibus Latina nulla poſſint ſatis commodè reſpondere: *Et apres la mort de ſa fille il luy ſubſtitue en tous ſeſdits biens celuy, ceux ou celles de ſeſdits trois enfans ou des enfans de ſes enfans qu'elle voudra nommer. A la charge que celuy, ceux ou celles qu'elle nommera ſeront tenus de porter à perpetuité le nom & les armes du teſtateur afin de perpetuer ſa famille.* Qui pronepotum ius defendebant, cùm propoſitionem illam generaliter & indiſtinctè veriſſimam putarent quæ aſſerit, Nulla facta per heredem grauatum electione, omnes ad fideicõmiſſum vocatos videri quotquot eligi potuerunt ex *l. cùm quidam* 24. *l. vnum ex familia* 67. *§. rogo. de leg* 2. *l. Labeo* 21. *§. vlt. D. de ſtatulib.* de quarum ſententia & ratione iam multa diximus in præcedentibus, non alio iure actorem repelli poſſe credebant, quàm ſi negarent eligi eũ à matre potuiſſe, propterea quòd eodem teſtamento & per illã clauſulã quæ heredis inſtitutionem immediatè præcedebat teſtator nepotem hunc à bonis ſuis omnibus, adiecta etiam voluntatis ſuæ cauſa, repuliſſet. In quam ſententiam mouebantur ex eo quòd in generali teſtatoris diſpoſitione nunquam comprehendantur eæ perſonæ quas teſtator non multò antè pro indignis vel odioſis habuit, niſi reconciliatio probetur *l. Lucius* 88. *§. Lucius Titius Damam de legat.* 2. *d. l. cùm pater* 77. *§. rogo eod. tit.* Itémque quòd is qui à teſtatore nominatim exheredatus & excluſus fuit, ante heredis inſtitutionem, ab omnibus gradibus qui inſtitutionem ſequuntur excluſus eſſe intelligatur, *l. 3. §. antè heredis D. de liber. & poſthum. §. exheredatos Nouell. 1. De hered. & fal.* Vnde ſumpta eſt *Auth. hoc amplius C. de fideic.* Ne ſi aliter interpretemur, fatendum ſit inconſtantẽ fuiſſe teſtatorem qui tam citò, nulláq; noua cauſa emergente priorem ſuã voluntatẽ correxerit, quod nunquam eſt probabile *vulg. l. non ad ea* 89. *D. de condi. & demon.* Ego verò poſt grauiſſimos pleroſq; viros, qui ex facto reſponderant de ea re conſultus, dicebam nõ poſſe negari, quin hic nepos ex eorum numero eſſet, quos per filiam eligi poſse teſtator voluerat, neque admittendam eſse quæſtionem voluntatis, cùm nulla in verbis ambiguitas eſset *l. ille aut ille* 25. *§. cùm in verbis d. non aliter* 69. *de legat.* 3. *l. Labeo.* 7. *in fin. D. de ſupell. legat,* Apertè ſiquidem teſtator maſculum

lum aliquem in electione poſuerat duobus illis pronominibus demonſtratiuis *celuy,ceux*,quæ in perſonis duarum fœminarum verificari,vt noſtri loquuntur,nullomodo poterant, adiectum enim erat *ou celles* ad eum caſum exprimendum,quo ſolæ fœminæ duæ pluréſve ſine maſculis eligerentur. Alius porrò maſculus præter hunc nepotem nullus erat. Nec ad rem faciebat quod reſpondebatur poſſe maſculum de quo teſtator ſenſerat & ſcripſerat ſumi ex gradu pronepotum,quod ex pronepotibus quoque eligendi poteſtatem filiæ pater feciſſet. Hanc enim interpretationem verba teſtamenti nullomodo patiebantur quibus ſcriptũ erat *celuy ceux ou celles des ſuſdits trois enfans* deſignato expreſſim numero liberorum primi gradus quos habebat filia, & ſubiecta mentione liberorum ſequentis gradus,iis ſequentibus verbis, *ou des enfans de leurs enfans*,Ne dubitari poſſet quin teſtator eligendi facultatem daret filiæ quem vellet ex tribus filiis ſuis primi gradus, qui porrò neque tres erant, neque ex iis maſculus quiſquam ſi non hic nepos in eo numero computaretur. Nam & ſimili ferè modo argumentatur Paulus *in l.vltim.verſic. quia Ei vel Eis verba vtroſque fratres complecterentur. D. ad SC. Trebell.* Fatendum igitur erat eam teſtatoris voluntatem fuiſſe vt poſſet hic nepos à matre ſua eligi inter cæteros, tametſi alia eiuſdem teſtamenti parte ab omnibus bonis teſtatoris ſummotus fuiſſet: Neque quod de tam ſubita voluntatis correctione in dubio vitanda obiiciebatur, locum habere poterat in propoſita ſpecie, in qua dubij nihil erat. De illo ſolo dubitari poterat an ſolus & ante omnes eligi debuiſſet, quod ille vt ſuprà diximus contendebat. Id verò nulla mihi ratione probabile videbatur cùm eadem ipſa quæ retulimus verba liberum filiæ arbitrium darent nominandi quem vel quos vellet non minùs ex nepotibus quàm ex filiis ſuis, nulla graduum ſiue electionis, ſiue fideicommiſſi diſtinctione præſcripta, ſed poſitis æquè omnibus in electionis condicione & alternatione per vnicam clauſulam, non quia ab vnico verbo regeretur quod æqualiter & vniformiter omnia determinabilia determinare deberet, vt alii dicebant (idem enim euenerat in ſpecie *d.l.cùm pater §.penultim. & d. l. heredes mei.§.vltim.*) ſed quia vnico relatiuo *quem vel quos* omnes perſonæ demonſtratæ erant quas teſtator voluerat eligi poſse. Nec enim teſtator dixerat *reſtituas liberis tuis vel cui ex eis voles, aut nepotibus tuis, & cui ex eis voles* vt in *d.§. vltim.* qua formula fuiſsent præſcripti gradus electionis,nec rurſus ita,*Reſtituas liberis tuis, aut nepotibus tuis* quo caſu non tam electio data,quàm varij fideicommiſſi gradus præſcripti viderentur,vt *in d.§.penult.* Sed in hunc modum,*Reſtituas cui ex liberis aut ex nepotibus tuis voles.* Quomodo ſi locutus fuiſset teſtator apud Papinianum *in d.§. penult. d.l. cùm pater & d.§. vltim.l.heredes mei*, vtique non reſpondiſset vt puto Papinianus quod reſpondit præſcriptos à teſtatore gradus fideicommiſſi,alioqui nunquam dari caſus poterit,in quo data electionedicendũ non ſit præſcriptos eſse gradus per ordinem ſcripturæ,cùm fieri nequeat vt pluribusperſonis ſiue eiuſdem gradus,ſiue plurium,in paſſiua eligendi facultate poſitis,non ſint alij priore,alij poſteriore loco nominati,vt diſputauimus in Errorem octauum. Quod verò nepos hic addebat ſe maſculum,nullius erat ponderis,cùm ſexus facere non poſſit vt nepos magis quàm neptis ex filia ſequatur familiam aui materni, cui æquè omnes ſunt extranei tanquam qui patris ſui nomen & familiam retineant, *l. pen. D. de agnoſc. & alend. liber.*

Digitized by Google

Sicut & quod adferebat ſe teſtatori cognitum fuiſſe,non etiam pronepotes, qui maiore ex parte poſt aui mortē concepti & editi fuiſſent,fauorabiliorem ipſius cauſam facere non poterat,ſed tantò duriorem, quòd eum auus pro ingrato & indigno habuiſſet, qui enim viuo teſtatore concepti nondum erant,ſicuti nihil de illo promereri poterant, ita neque ipſum offendere, ob hoc ipſum digniores quos auia in eligendo præferret filio qui auum maternum cui erat cognitus,& de quo promereri poterat,offendere maluiſſet. Parum enim eſt non promereri de aliquo,ſi eum, qui non promeruit compares cū eo qui offendit.*d.l.cū pater §.rogo.*nec quod pronepotes ab auo materno cogniti nunquam fuiſſent vſque adeò nocere iis debebat vt ob id ſuccedere prohiberentur,cùm non eo minùs verum eſſet vocatos eos fuiſſe & quidem ſub cōdicione & in diē incertum mortis auiæ, quo tempore ſufficiebat eſſe illos in rerum natura, vt in aliis omnibus fideicōmiſſis & diſpoſitionibus condicionalibus euenit,in quibus ſcilicet non diſpoſitionis ſed euenientis condicionis tēpus inſpiciendum eſt *d. l.cùm pater* 77. *§. hereditatem filius de legat.*2. *l. ſi in perſona* 14. *C. de fideicom. l. intercidit* 59. *l. eum qui poſt apertum* 104. *D. de condic. & demonſtrat.* Minus verò mouebat, quod pro nepote adferebatur,Contra teſtatoris voluntatem fore ſi in tot fruſta & partes ſcinderetur teſtatoris hereditas, quot fieri neceſſe eſſet admiſſo pronepotum concurſu cum nepote, quandoquidem teſtator vnicam ſibi heredem ſcripſerat, velléque ſe bona in familia conſeruari declarauerat, vt familiæ ſuæ amplitudini conſuleret, quod non fieri commodiùs poterat, quàm ſi in vnius tantùm perſona totius patrimonij amplitudo retineretur. In promptu namque reſponſio erat, imò verò contrariam teſtatoris mentem ex eo apertiſſimè probari quod in filiæ arbitrio & poteſtate poſuerat vt ex liberis ſuis ac liberorum liberis & plures & quot vellet,nominaret, adeò vt etiamſi omnes ab ea nominari contigiſſet, nihil tamen ab ea contra voluntatem factum dici potuiſſet, cùm non eligere ſed nominare iuſſa eſſet. Data ſiquidem electione certum eſt non poſſe omnes eligi, ſed data nominandi facultate poſſunt omnes nominari,in eóque plenior eſt nominationis, quàm electionis appellatio,vt monuimus in ſuperioribus. Et verò admiſſis in hereditatis communionem pluribus perſonis, quæ omnes & nomen & inſignia teſtatoris deferre cogerentur,tantò melius ſatisfactū iri videbatur deſiderio ipſius ad nominis familiæque perpetuationem: Nec contrariæ voluntatis coniectura ſumi ex eo poterat,quòd is non niſi vnicam heredem ſcripſiſſet. Quid enim aliud feciſſet is qui vnicam habebat filiam? Aut cur filiæ coheredes dediſſet nepotes ex eadem ipſa filia,quos non niſi propter filiam diligebat? *arg.l.dotem* 6.*D.de collat. bonor.* Placebat itaque nepotem potuiſſe quidem nominari à matre,non tantùm inter cæteros ſed etiam præ cęteris omnibus ſi mater voluiſſet, At non potuiſſe cogi matrem vt eum eligeret, ſi cæteros etiam remotiores ipſi æquare adeóque præferre maluiſſet, propterea quòd liberū eligendi, & nominandi ex omnibus quē aut quos vellet ,arbitriū filiæ dediſſet pater.nullis penitus,aut electionis,aut fideicōmiſſi gradibus præſcriptis,illa proinde ſuccedebat quæſtio, An quia nullam filia nominationē feciſſet, admittendus eſſet nepos,& an cū eo pronepotes cæteri,quos diximus ſimul cū eo eligi potuiſſe.Id enim conſequens videbatur ei quod vulgo creditur, Nulla electione facta admittendos eſſe generaliter & indiſtinctè omnes, ad fideicommiſſum quotquot eligi & nominari potuerunt.

Digitized by Google

runt. Atque ita is qui de cauſa cognouerat vir maximus, nec minùs ſcientiæ quàm probitatis gloria inter ſuos conſpicuus, mihi etiam ſi quid hoc ad rem pertinet, amiciſſimus, pronunciauerat adhibitis pluribus adſeſſoribus, diuidenda bona fideicommiſſi in tot partes, quot erant illorum capita qui nominari potuiſſent, computatis, quod magis eſt, in eo numero ipſius quoque nepotis liberis, quòd non minùs illi, quàm pronepotes ex neptibus inter eos qui eligi poterant, à proauo poſiti fuiſſent. Mihi contrà videbatur, etſi nullos neque electionis, neque fideicommiſſi gradus teſtator præſcripſiſſet, in eum caſum quo nominatio aliqua ſequeretur, ſi tamen nemo eſſet nominatus, inuitatos quidem ad fideicommiſſum ex ſolius beneficio legis omnes, quos nominare filia potuiſſet, at cum hoc temperamento, vt graduum diſtinctionem ſeruari, ac prout quiſque proximior eſſet, ita præferri eum oporteret, ſecundum ea quæ duobus proximis capitibus diſputauimus. Quare nec dubitabam quin ad fideicommiſſi partem admitti deberet nepos ſi aliud nihil ei obſtaret, cùm nemo illum præcederet: Non tamen ſolus, quia etſi eius ſorores in eodem gradu conſtitutæ prædeceſſerant, ſuperſtites tamen liberos reliquerant qui in earum locum ſubintrantes eundem gradum iure repræſentationis occupabant, quos proinde ex ea ipſa iuris ratione, quæ proximiores anteponit, cum auunculo ſuo concurrere, neceſſe erat, ſi auunculus non aliqua de cauſa ſuccedere prohiberetur, aut ſi auunculo quid obſtaret, anteponi cognatis ex eo auunculo ſuſceptis, tanquam proximiores remotioribus, propterea quòd non ſicut pronepotes ex præmortuis neptibus perſonas gradúmque matrum repræſentabant, ita ſimiliter dici poterat repræſentari à pronepotibus ex viuo nepote gradum quem nepos ipſe viuus implebat, & ne vacare videretur, impediebat. Igitur cùm in ea eſſem opinione, vt ab eo fideicommiſſo arcendus eſſet nepos, quem teſtator non ſolùm odio proſecutus fuiſſet, verùm etiam indignum exiſtimaſſet, adeóque diſertis verbis ab omnibus bonis ſuis excluſiſſet, in eo tandé conquieſcebam, vt ſolos pronepotes ex neptibus prædefunctis ad fideicommiſſi petitionem admittendos eſſe exiſtimarem, & quidem in ſtirpes non in capita cùm ſuccederent iure repræſentationis, & de aſcendentis id eſt aui proauíque ſucceſſione ageretur. Excluſo nepote tanquam indigno & per ipſum teſtatorem ſummoto, excluſis item omnibus ex eo pronepotibus, tanquam remotioribus. Nec proinde dubitabam, quin malè iudicatum eſſet in eo quod & ad petitionem fideicommiſſi admiſſus fuerat nepos, & cum eo liberi eius, quódque inter omnes iuſſa erat diuidi hereditas in capita quæ inter ſolos pronepotes ex neptibus prædefunctis in ſtirpes diuidi debuiſſet.

ERROR DECIMVS.

De non admittendo ad fideicommiſſum inter cæteros proximiore qui etiam ante cæteros eligi potuiſſet diſtinctis à teſtatore gradibus fideicommiſſi.

AT quoniam in tota hac mea opinione nihil minùs probabile videbatur, quàm quòd admiſſa graduum diſtinctione nihilominùs nepotem in totum excludebam quem tamen gradu proximiorem, aut ſaltē in proximiore gradu poſitū eſſe conſtabat, in hoc maximè laborandū fuit

Digitized by Google

vt oſtenderē quo iure arcēdus eſſet hic nepos,qui & ex proximioribus eſſet, & cum cæteris adeóque præ cæteris omnibus eligi potuiſſet. Nā cur ſolus ad hoc fideicōmiſſum admitti non deberet,ratio erat apertior,Nēpe quòd in eo gradu proximiore ſolus non eſſet, pronepotibus ſcilicet ex neptibus prædefunctis eundem gradū ex perſona matris iure repręſentationis,vt dictum eſt occupantibus. Quod enim vulgò, nec malè traditum eſt, In fideicommiſſis ius repræſentationis locum non habere ad hunc caſum non pertinebat, in quo de aſcendentis ſucceſſione agebatur,quemadmodum iam attigimus, & ſequenti Decade latiùs diſſeremus. Dicebam autem, eam ipſam rationem, quæ faceret vt ad huiuſmodi fideicommiſſum priores admitti deberent illi qui eſſent proximiores, etiam facere debere vt ab eo eſſet in totum arcendus nepos,quamuis eſſet ſi non ſolus proximior ſaltem ex proximioribus. Ratio quæ proximiores inuitat, & remotiores interim repellit qui priores eligi ac nominari potuiſſent,nō alia eſt,vt diximus,in pręcedētib. quàm quòd nulla ſiue electione ſiue nominatione ſecuta, fideicommiſſum nullū ſuperſit, niſi quod ſola iuris poteſtate per interpretationem inducitur, ne teſtatoris voluntas impunè contēpta per heredem ad ſe vltrò exonerandū, neglectáque videretur,& quia in hac ſpecie nihil eſt,quod ius facere meliùs poſſit in pœnā eius qui noluit eligere cùm ex teſtatoris voluntate id facere & poſſet & deberet *l. ſi quis Titio* 17. §. 1. vbi Bart. *de leg.* 2. Ius autem, cuius poteſtate huiuſmodi fideicommiſſum inducitur, non alium ſenſum in eo inducendo ſeruare poteſt, quàm quem ſeruaret in interpretatione fideicommiſſi, quod pluribus ſub nomine collectiuo relictum proponeretur: In quo fideicommiſſi quamuis expreſſi genere, ſic interpretanda eſſet voluntas teſtatoris,vt prout quiſque ſibi proximior eſſet, ita priorem illū inuitaſſe ad exemplū & modum legis crederetur, *l. omnia* 32. *aliàs l. cùm ita* §. *in fideicommiſſo l. peto* 69. §. *fratre eod. tit. de legat.* 2. Multò igitur magis eadem iuris interpretatio locum habere debet in hoc fideicommiſſo quod ab iis petitur quibus datum à teſtatore non fuit, nec ob id ſolùm quòd perabſurdum fuerit plus iuris eos habere qui ad fideicommiſſum veniunt præter teſtatoris voluntatem,quàm eos qui aperta expreſſáque voluntate nituntur, ſed etiam,quòd cùm inter plures contendentes aliqua graduum diſtinctio eſt, habet ius noſtrum aliquid quod ſtatuat meliùs,quàm vt omnes ſimul ad fideicommiſſum venire patiatur, hoc vnum videlicet,vt proximiores primo loco inuitet,ac ſubinde remotiores. Quid enim neceſſe eſt admitti omnes ſimul,cùm inter admittendos tanta eſt ratio diuerſitatis? Eâdem porrò ratione fieri dicebā,vt ſi quis ex iis qui ad huiuſmodi fideicōmiſſum aut ſimul cū cæteris,aut ante cæteros tanquā proximiores admitti alioquin deberent, indignus reperiatur qui admittatur, & ab ipſo teſtatore ſummotus & excluſus ab omnibus bonis,nullus ei locus dari debeat ad ſuccedendum ex fideicommiſſo,per quod ſcilicet teſtatori ſuccederetur *l. coheredi* 41. §. *cùm filio de vulg. & pup. ſubſti.* §. *reſtituta Inſt. de fideic. hered. l.* 1. 2. *& paſſ. D. ad SC. Trebell.* Eſt enim hoc etiam caſu aliquid quod meliùs ſtatuere lex poſſit,quàm vt omnes ſimul & indiſtinctè ad fideicommiſſum admitti patiatur, Nempe vt eum quē diſertis verbis teſtator iuſta præſertim ratione motus à ſucceſſione ſua excluſerit,non ſinat cum aliis concurrere ad partem iis faciendam,multò minùs verò aliis præferri. Vna enim legis intentio eſt vt quæ diſpoſita ſunt à morientibus, impleantur. Quis autem iuſtum putet eum qui ab ipſo

teſta-

Digitized by Google

teſtatore propria ſubſtantia pulſus ſit vocari ad eas res quarum teſtator fieri eum participem noluerit? Inquit Iuſtinianus *in §. exheredatos Nouell.1. De hered. & falcid.* Quidni ergo hanc quoque iuris interpretationem adhibeamus in eo fideicommiſſo interpretando, quod ſola, vt diximus iuris poteſtate inducatur? Obſeruandum tamen eſt nos de illo tractare, qui non tantùm indignus ſit, ſed etiam excluſus nominatim ab ipſo teſtatore, vt maior ſit vis & poteſtas excluſionis nominatim factæ, quàm indignitatis. Indignus enim poteſt aliquando non ſolùm admitti inter cæteros, ſed etiam cæteris præferri *d.l. cùm quidam*. At excluſus non poteſt *d. §. exheredatos*. Atqui iam dictum eſt, inquies, nepotem hunc quem teſtator auus non modò indignum dixerat, ſed etiam quaſi indignum excluſerat, nihilominùs eligi à matre potuiſſe, ſi eum mater aut cum cæteris concurrere, aut aliis etiam præferri voluiſſet. Quidni ergo admittetur etiam nulla facta electione, Aut cur ei nocebit vno caſu indignitas vel excluſio, quæ alio caſu non noceret? Hoc verò eſt in quo totius quæſtionis cardo verſabatur. Dicebam, euidenter diuerſam eſſe horum caſuum rationem: Nec quod teſtator nepotem hunc quamuis indignum & excluſum, eligi tamen à filia & nominari permiſiſſet, conſequens eſſe vt perinde voluerit illũ admitti etiam non nominatũ. Caſus enim ille nominationis à filia factæ ſupponit in neceſſarium antecedens præcedentem aliquam inter matrem & filium reconciliationem, ac placatam à filio pacatámque matris offenſam, cùm non eſſet veriſimile futurum vnquam vt filium hunc mater ad fideicommiſſum inuitare vellet, quin priùs ei omnes præteriti temporis offenſas remiſiſſet. Quod prorſus diſſimile eſt in caſu cõtrario, quo defuncta ſit mater, nulla nominatione facta. Prudens autẽ conſiliũ teſtantis aui animaduertebatur, qui cùm non alia de cauſa offenſus eſſet nepoti, quãquòd is minùs piè matrem tractaſſe, eique multas querelæ cauſas præbuiſſe diceretur, capacẽ eum manere voluerat, vt à matre nihilominùs eligi poſſet, Ne ſi omnẽ ei ad ſuccedendũ in bonis auitis viam præcluderet, hoc ipſo reuocare illum videretur ab iis præſtandis officiis quibus matris erga ſe voluntatem promereri ac prouocare poſſet, Et contrà, Vt ſpe futuræ nominationis & electionis quam in perſonam ſuam à matre conferri poſſe ſciret, tantò magis eniteretur benè mereri de matre, veteréſque offenſas nouis delere beneficiis, vt ſibi reditum ad aui bona quæreret, à quibus alioquin excluſum ſe videret. Nec enim paruum momentum eſt in liberorum voluntatibus erga parentes conciliandis, ſi credant liberi ſe ſibi obſequio parare poſſe ſpem aliquam ſucceſſionis. *l. nec ei 17. §. penult, D. de adopt. l. ſi quando 35. §. 1. C. de inoffic. teſtam.* Itaque non tam nepotis huius quàm filiæ commodo & contemplatione videbatur teſtator in eam veniſſe voluntatem, vt ſuum nepotem quem iam excluſerat, nominari tamen à matre pateretur, & ita demum ad fideicommiſſum admitti, ſi à matre nominatus inueniretur. Exemplo eius quod nos diſputauimus *in Error.* 1. *Decad.* 26. Si quis ab herede inſtituto fideicommiſſum reliquerit ſub ea condicione quæ vulgo ſolet adiici, ſi heres grauatus ſine liberis decederet, liberos in condicione poſitos eſſe, non tam vt ipſis, quàm vt ipſorum patri faueretur, Ne ſcilicet ſuperſtites relinquens liberos fideicommiſſum vllum deberet quod alioqui debuiſſet *l. filiusfamilias 114. §. cùm quis erit de legat. 1. l. generaliter 6. C. de inſtit. & ſubſtit.* Nam & in propoſita ſpecie non paruus fauor filiæ eſt, vt quem velit ex ſuis liberis poſſit eligere ac nominare. Etiam indignum & ingratũ,

Digitized by Google

vt hac ſpe allectus ille melius de matre mereatur, fiátque tantò dignior & gratior. Quemadmodum è contrario non leuis pœna eſt matris, ſi qua de cauſa vt puta ob ſecundas nuptias electio quam inter liberos alioquin haberet ei aufferatur *Cap.1. Nouell.2. de non elig. ſecund. nub. mulier.* Porrò cùm mater quæ poterat hunc quamuis indignum & excluſum eligere, ac nominare deceſſit nulla facta nominatione, nullus vtique matris fauor ſupereſt propter quẽ dici debeat hunc qui poterat eligi, admittendũ eſſe ad fideicommiſſum cum cæteris aut præ cæteris, ſed redundaret totũ illud in fauorem filij, qui tamen cùm non modò indignus dictus ſit à teſtatore, ſed etiam à bonis omnibus excluſus, odio tantùm, non etiam fauore aliquo dignus videri poteſt. Denique cùm teſtator hunc nepotem ſemel excluſum non reuocaſſet ad ſua bona per viam fideicõmiſſi niſi in eũ expreſſim caſum quo à matre ſua nominaretur, Omnino conſequens erat, vt nulla per matrem facta nominatione ſi quæreretur an nihilominùs admitti nepos deberet, non ex communis iuris regulis definiri ea res deberet quę ſi noſtris credimus admittũt generaliter & indiſtinctè ad fideicommiſſum omnes qui eligi potuerũt, ſed ex alia eiuſdem teſtamenti clauſula, per quam hic ipſe nepos excluſus inueniebatur. Vnde fiebat vt nõ poſſet hic caſus dici omiſſus, quẽ teſtator nõ apertè expreſſiſſet. Atque hæc mihi omniũ fortiſſima ratio eſſe videbatur, cùm illi qui nepotis causá tuebantur, non alio iuris colore niterentur, quàm quòd caſus qui euenerat nullius factæ nominationis, omiſſus videretur, & ideò ex iuris cõmunis diſpoſitione, vt loquebantur, regulandus. Vnum illud ſententiæ noſtræ valde obſtare videbatur, quod obiici poterat *ex d. l. cùm quidam*, Eo caſu quo poſſit etiam indignus eligi ac præferri, ſi nemo electus ſit admittendos omnes ad petitionem fideicommiſſi etiam indignos. Sed præter id quod iam reſpondimus, loqui Vlpianum eo loco de indigno tantùm non etiam de excluſo, illud præterea obſeruandum eſt, indignos eos eſſe accipiendos qui heredem eligere iuſſum offenderint, non eos qui teſtatorem. Nam qui teſtatorem ipſum offenderunt, numquam ad legati communionem cum cæteris admittuntur, nec ſi verbis generalibus quibus teſtator vſus eſt, contineantur, niſi aliquid ſit ex quo appareat vel ſecutam reconciliationem, vel teſtatorem ad eos quoque voluntatem ſuam extendiſſe *d. l. Lucius* 88. *§. Lucius Titius Damã de leg. 2.* iunct. *l. cùm pater* 77. *§. rogo eod.* In propoſito autem nepos de quo tractabamus non tantùm matrem, ſed etiam auum offenderat ducta vxore inuito eo à quo tamen ingentia pleraque beneficia & inter cætera inſignis cuiuſdam ac præcipuæ dignitatis gratuitam reſignationem accepiſſet. Quare nec in eorum numero poni debuiſſet, quos matri licebat eligere, niſi vis verborum quibus teſtator electionem filiæ dederat, ſententiá hanc extorqueret, cùm tá aperta eſſent verba, vt nullus interpretationi locus relinqueretur. Sed non inde conſequens fiebat, vt extrà caſum nominationis deberet admitti cum cæteris ad petitionem fideicommiſſi, quod nulli relictum, omnibus tamen debitum quidem erat ſed ex beneficio & interpretatione legis, ac proinde non aliis quàm quos ius dignos interpretaretur, qui cum cæteris admitti deberent: In quo numero hic eſſe non poterat qui teſtatorem offendiſſet, adeóque excluſus ob eam cauſam ab omnibus teſtatoris bonis fuiſſet. Planè ſi matrem ſolam offendiſſe diceretur, non dubitarem quin admitti poſſet cum cæteris qui non offendiſſent, ſiue offenſa teſtamentum præceſſiſſet, ſiue ſubſecuta fuiſſet. Sed hoc ita demum ſi non in-

dignitati

dignitati iuncta eſſet excluſio quę in caſu noſtro iūcta reperiebatur, ideóque nullā dubitādi cauſam relinquebat, quominùs manere deberet excluſus in euentum nullius ſecutæ nominationis. Excluſo itaque nepote, & admiſſis ad fideicommiſſum pronepotibus ex neptibus prædefunctis, quæſtio illa ſola ſupererat, An cum iis pronepotibus admitti deberent etiam pronepotes ex nepote excluſo. Admittendos enim iudex pronunciauerat, etiamſi patrem quoque ipſum admiſiſſet. Defendebam non debuiſſe illos admitti ſed pronepotes ex neptibus ſolos, quia quæ ratio faciebat vt potuiſſent illi admitti etiam cum nepote ſi excluſus is non fuiſſet, nempe quod matrum ſuarum perſonā gradúmque repræſentarent, atque ita in eodē gradu quo nepos ipſe conſtituti viderentur, eadem faceret vt illis ex nepote pronepotibus præferri deberent, tanquam qui beneficio repræſentationis proximiores haberentur quos natura pari gradu produxiſſet, nec enim poterat ſimiliter dici, pronepotes ex nepote gradum repræſentare patris ſui, qui cùm adhuc ſuperſtes eſſet gradum ſuum implebat, nec vacare patiebatur, tametſi excluſus probaretur: quoniam non ſicut per mortem ita & per excluſionem gradus vacat, obſtátque proculdubio filius exheredatus liberis ſuis quominùs ad ſucceſſionem aui ſiue paterni ſiue materni venire poſſint, quamuis mortuus non obſtiret *l. ſi quis filio 6. in princ. D. de iniuſt. rupt. l. ſcripto 7. D. vnd. libe.* nec quod dici ſolet exheredatos pro mortuis habendos eſſe ad hunc caſū pertinet vt alio loco explicauimus, *ex l. 1. §. ſi pater in poteſtate D. de coniung. cum emanci. liber. eius.* Et tamen potuerant etiam pronepotes iſti à filia eligi ſi ea voluiſſet, quia erant ex numero eorum in quos electionis facultatem cadere poſſe teſtator voluerat, neque tantùm ſoli aut cum auunculis poterant eligi, ſed etiam cum ſuo patre, cum quo tamen admitti eos multò improbabilius erat, non ſolùm quòd ſi pater excluſus non eſſet, potior eius cauſa eſſe deberet, quàm liberorum tanquam vno gradu remotiorum, ſed etiam quod inauditum ſit vt pater cum liberis concurrat quoties vocati ſunt omnes ſub nomine collectiuo ad ſucceſſionem eius cuius diſpar & ordinata fuerit charitas & adfectio, qualis eſt aſcendentis erga deſcendentes. Nam & hoc caſu placeret abſurdi huius vitandi gratia coniunctam reſolui in diſiunctam, vt noſtri notant *ad l. Gallus 29. §. quidam rectè D. de liber. & poſthum.* Ex quo apparet quod diximus eſſe veriſſimum, Non omnes qui potuerunt eligi & nominari, ſtatim debere admitti ceſſante nominatione. Neque enim dubitationem res habebat, quin potuiſſet filia etiam viuo patre eligere nepotes ex filio perinde ac nepotes ex præmortuis filiabus ſuperſtites, quamuis eſſent vno gradu remotiores, & tamen admitti eos ſimul cum patre abſurdum erat, niſi hactenus ſaltem vt ad vnicam portionem cum patre admitterentur vt in *l. cùm emancipatus 13. §. 2. & ſeq. de bon. poſſ. contr. tab.* Non enim ideò liberi vocantur ad fideicommiſſum cum patre, vt partem ei faciant, ſed potiùs vt ei in caſum ſubſtituti videantur, quomodo Papinianus loquitur *in l. Iulianus 26. D. ſi quis omiſſ. cauſ. teſtamen.* Cùm etiamſi ex propria perſona filius viuo patre admitteretur, tamen fideicommiſſi commodum non ſibi, ſed patri acquireret, inſpecta iuris veteris ratione *vulg. l. placet 79. D. de acquirend. heredit.* Niſi fideicommiſſum in id tempus collatum eſſet, quo filius eſſet ſui iuris *l. filiofamilias 42. l. duos mater 70. l. mater filio 93. de condic. & demonſtr. l. mulier 22. verſ. Braſidas. D. ad SC. Trebell. l. quidam cùm filiumfamilias 46. D. de hered. inſtit.* Denique qui patrem liberis coniungit, om-

Digitized by Google

nes eorũ perſonas ſic quaſi vnicã perſonam intuetur *l. vlt. C. de impub. & aliis ſubſti.* quæ lex in hanc ſententiam omniũ accõmodatiſſima eſt, quandoquidẽ loquitur de liberis cũ patre ſuo per inſtitutionem etiam ab extraneo factam vocatis, Qui caſus longè minorem habet dubitationem quàm ſi vt in propoſito aliquis ex aſcendentibus filium ſuum cum ſuſceptis ex eo nepotibus, aut nepotem cum ſuperſtitibus ex eo pronepotibus, vocaſſet *d. §. quid autem rectè d. l. omnia aliàs l. cùm ita §. in fideicommiſſo De legat. 2. l. peto 69. §. fratre eod.* Multò autẽ magis idẽ obſeruari debet cùm parentes & liberi vocantur ſolius legis beneficio iuriſque interpretatione. Solos igitur ex præmortuis nepotibus pronepotes fideicommiſſum petere poſſe videbatur, & quidem non in capita, quomodo pronunciatum erat, ſed in ſtirpes cùm non niſi repræſentationis iure præferrentur. Sed fiet hoc apertius ex iis quæ ſequenti Decade dicturi ſumus, De repræſentationis iure in fideicommiſſis inducendo.

ANTONII FABRI I.C. SEBVSIANI, SENATORIS SABAVDIENSIS, ET IN GEBENNENSIS DVCATVS AVDITORIO PRAESIDIS

DE ERROR. PRAGMAT. ET INTERPR. IVR.

DECAS LIIII.

ERROR PRIMVS.

De ſententia & lectione §. cùm quidam 24. & l. cùm pater 77. §. rogo 15. De legat. 2.

QVÆ diſputauimus ſuperiore Decade aduerſus pragmaticos & interpretes noſtros de fideicõmiſſo per electionem relicto, vix benè poterunt intelligi, ſi non ſubiiciamus cõiecturam noſtram de lectione ac ſententia *l. cùm quidam 24. de legat. 2.* quæ totius tractationis huius præcipuam partem continet. Vereor enim ne locus ſit partim exſcriptoris vicio corruptus, partim à Triboniano etiam deprauatus, qui ſententiam Marcelli aliter interpretatus ſit, quàm aut ab ipſo Marcello expreſſa fuerit, aut per Scæuolam accepta. Vlpianus, cui ea lex tribuitur, initio refert Marcellum putaſſe, cùm quidam ita fideicommiſſum reliquiſſet, *Rogo reſtituas liber-*

Digitized by Google

libertis meis quibus voles poſſe heredem etiam indignum præferre: Nempe propter liberum arbitrium ei datum eligendi quem velit per verba illa *quibus voles* quæ largiſſimam & latiſſimam habent ſignificationem. Tum ſubiicit, *At ſi ita his quos dignos putaueris, petere poſſe ait eos qui non offenderint* Hoc verò primũ eſt, quod ego non poſſum intelligere: nã cùm euidenter Marcellus aut Vlpianus, ex Marcello id agat, vt differentiã conſtituat inter has electionis dandæ formulas *quibus voles* & *quos dignos putaueris*, Circa priorẽ verò formulam nihil aliud dixerit, niſi quòd poteſt heres etiam indignum præferre, omninò conſequens eſt vt circa poſteriorem formulam, non de illo tractauerit Iurec. quis fideicommiſſum petere ab herede poſſit, ſed de illo potiùs, quem poſſit heres præferre. Sic enim aperta & congrua erit antitheſis ſi dicamus eam legis ſententiam eſſe vt poſteriore caſu poſſit heres non alios præferre quàm qui nõ offenderint. Cùm tamẽ priore caſu poſſit etiã indignos præferre, quo indignorũ nomine non alij digniùs ſignificantur, quàm qui offenderunt: Itaque puto abundare verbum *petere*, eóque ſublato legendum ſimpliciter *poſſe ait eos* ſubaudiendo ſcilicet verbum *præferre* repetendum ex clauſula præcedente. Quod non intelligens malus interpres, cùm ſententiam vt credibile eſt mancam & imperfectam eſſe putaret, addidit de ſuo verbum illud *petere*: Niſi fortè probabilius quis putet, vt pro *petere* reponamus *præferre*. Nam nec tanta inter has dictiones diuerſitas eſt, vt non facilè potuerit mendum irrepere vicio & inſcitia exſcriptoris. Alterutrum ſanè omnimodo probandum eſſe ex eo intelligimus quod toto illo legis initio tractat Iureconſultus de eligendi non de petendi iure: Non ob id ſolùm quòd quandiu eligẽdi ius durat, petendi ius nulli cõpetit vt disertè Papinianus ſcribit *in l. vnum ex familia 67. §. rogo eod. tit.* Sed etiã quia caſum illum contrarium quo electio nulla facta ſit, tractare incipit Iureconſultus in verſ. ſeq. iis verbis *Idem ait ſi neminem eligat omnes ad petitionem fideicommiſſi admitti*, quæ apertum eſt eò pertinere vt ſciamus non quis ad fideicommiſſum eligi, ſed quis ceſſante electione ad fideicommiſſum admitti poſſit. De quo tamen priuſquàm dicere pergamus, monendum eſt, Marcelli ſententiam illam quæ habet poſſe indignum quoque præferri ab herede grauato ſub hac verborum formula *Rogo reſtituas libertis meis quibus voles* non de illo accipi debere qui ob hoc ſit indignus quòd teſtatorem ipſum offenderit (nec enim de talibus indignis ſenſiſſe vnquam videtur teſtator, licèt verborum generalitas patiatur niſi ſecuta probetur reconciliatio iam ipſo tempore teſtamenti *l. Lucius 88. §. Lucius Titius Damam eod.*) ſed de illo qui offenderit heredem. Nam nec teſtatoris, ſed heredis gratia huiuſmodi clauſula poni ſolet *l. cùm pater 77. §. rogo eod. l. ſeruos 20. D. de manum. teſtam.* Nec quicquam facit heres contra voluntatem, cùm indignum præfert, ſi liberum eligendi arbitrium habeat à teſtatore, quomodo habet cùm teſtator ita ſcripſit *quibus voles*. At cùm ita *his quos dignos putaueris* non aliter videtur ſatisfacere voluntati quàm ſi præferat eos qui non offenderunt. Videtur enim hoc caſu commiſſa ei electio tanquam viro bono, non vt liberum eligendi quem vellet, arbitrium haberet, Vir autem bonus non arbitrabitur dignum eſſe illum, qui heredem offenderit: ac proinde fieret contra voluntatem, ſi indignus eligeretur, ex eóque iniuria cæteris inferretur qui digni eſſent cùm non niſi dignis fideicommiſſum præſtari teſtator voluerit. Quid ergo ſi quidam ſint, qui non ſolùm heredem non offenderint, ſed de illo etiam promeruerint? Nemo negauerit quin

Digitized by Google

iſti ſint digniores, nec tamen ideò cogetur heres ipſos præferre, quia ſufficit vt non preferat indignum, quaſi dignus ſit quiſquis non probatur indignus *d. l. ſeruos & l. teſtamento* 51. *in princip. D. de manum. teſtam.* Non enim iuſſum relinquendi his quos heres dignos putauerit, includit iuſſum relinquendi dignioribus, ſed videtur libertis omnibus etiãſi non æqualiter promeruerint, relictum tamen æqualiter fideicommiſſum *d. l. cùm pater §. rogo.* Multùm tamen refert an teſtator ita ſcripſerit *his quos dignos putaueris vt in d. l. cùm quidam*, an ita, *Rogo bona tua diſtribuas liberis tuis, vt quiſque de te meruerit* quo modo *in d. §. rogo.* Hoc enim poſteriore caſu etſi ceſſante matris electione perinde admittuntur omnes qui non offenderunt, ſolíque illi non admittuntur qui offenderunt, non alios tamen eligere ac præferre mater poteſt quàm qui ſoli promeruerint, ita vt ſi quoſdã elegerit ex iis quoque qui promeruerunt, non aliter futuri ſint illi potiores quàm ſi ſoli promeruerint. An quia teſtator expreſſè habuerit reſpectum ad merita? vt Bartolus ſentit *ad d. § . rogo.* Minimè Nam & cùm teſtator promerendi verbo vſus eſt, non impedit ea res quominùs etiam illi qui non promeruerunt admittantur cum cæteris, ſi modò non offenderint, vt Papinianus ipſe fatetur *in d. § . rogo* & Africanus *in d. l. ſeruos* rurſúmque idem Papinianus *in d. l. teſtamento*, ſed quia teſtator non dederat filię arbitrium dandi omnibus liberis qui promeruiſſent, ſed adiecta dictione reſtrictiua *prout* & diſtributiua *quiſque* per hanc formulam *prout quiſque de te promeruerit.* Vt appareret teſtatorem ea fuiſſe voluntate vt non alij poſſent eligi quàm qui promeruiſſent, itémque vt quiſquis promeruiſſet eligi neceſſariò deberet ſi qua fieret electio, inſpectis ſingulorum meritis, equamuis non inſpecta in ſingulorum perſonis æqualitate meritorum. Id enim eſt quod Papinianus ſcribit *in d. § . rogo Eos autem quos mater elegerit fore potiores ſi ſoli promeruiſſent, exiſtimaui.* Nam cùm negari non poſſit quin ſupradicta formula datum ſit filiæ arbitrium diſtribuendi bona ſua inter liberos, nec ita tamen vt vel eos qui offendiſſent præferre poſſet iis qui non offendiſſent, vel eos qui nõ offẽdiſſent iis qui hoc ampliùs promeruiſſent, Cõſequens erat vt vel neminem eligere deberet filia ſi vellet omnes qui non offendiſſent ad fideicommiſſum admitti, Vel vt deberet eligere eos qui promeruiſſent & ſolos & omnes: Ne alioqui faceret iis iniuriam contra teſtatoris voluntatem, ſi vel merentibus præferret immeritos quamuis nec demeritos, vel ex merentibus aliquos neglectis cæteris, qui ſi non æquè tamen quoquomodo meruiſſent: cùm ſingulis merentibus datum eſſet fideicommiſſum propter dictionem illam diſtributiuam *quiſque*, nec niſi merentibus propter dictionẽ reſtrictiuam *prout*, in caſum ſcilicet electionis. Nulla enim facta electione fatetur Papinianus datum eſſe fideicommiſſum omnibus, qui non offenderunt, etiamſi nec promeruerint. Duplex enim fideicommiſſum ſupradictis verbis contineri videtur, Alterum quod liberis omnibus relictũ ſit, Alterum quod iis ſolis inter quos mater fideicommiſſum diſtribuere voluerit prout quiſque de ea meruerit: vtrumque enim ſit ex poteſtate verbi *diſtribuas* quo teſtator vſus proponebatur, & cuius ea vis eſt, vt dandi neceſſitatem præſupponat, ſolum verò diſtribuendi liberum arbitrium heredi relinquat, *leg. vtrum* 7. *§. 1. D. de rebus dubiis.* Prius fideicommiſſum eo demùm caſu locum habet, quo nulla per filiam facta ſit electio & diſtributio, Poſterius autem in contrarium euentum ſecutæ diſtributionis: Itaque mirum non eſt plures ad fideicommiſſum admitti vno caſu
quàm

Digitized by Google

quàm alio, cùm pro caſuum diuerſitate aliud atque aliud ſit fideicommiſſum licèt eadem ſint bona quæ vtroque fideicommiſſo continentur, eadémque perſona quæ fideicommiſſum debet. At illud magis mirum eſt, Eos qui non offenderunt eligi non poſſe, qui tamen ceſſante matris electione ſimul admitterentur cum iis qui ſoli promeruiſſent. Ita enim fit vt minùs iuris habeant qui pro ſe habent etiam matris voluntatem, quàm ſi non haberent: Nempe quia cùm habent etiam matris voluntatem illi qui nec offenderunt, nec promeruerunt, hoc ipſo deſinunt habere voluntatem teſtatoris, quæ illa fuit vt non aliter poſſet mater eligere quàm prout de ea quiſque meruiſſet, reſtricto poſterioribus verbis eligendi arbitrio, quod prioribus liberum dari videbatur. Certum porrò eſt potiorem eſſe, imò ſolam ſpectandam teſtatoris voluntatem, nec inſpiciendum quid heres velit, niſi quatenus voluntas eius cum teſtatoris voluntate conſentiat. In alio autem caſu quo ceſſat electio admittuntur omnes qui non offenderunt etiamſi nec promeruerint, quia pro ſe habent voluntatem teſtatoris: Ni obſtante clauſula illa reſtrictiua *prout quiſque de te meruerit*, quæ ſcilicet non omnimodo fideicommiſſum adficit, ſed ex ea tantùm poſteriore parte, quæ dabat filiæ electionem, nec tam dationem ipſam fideicommiſſi quàm diſtributionem eius ſolam reſtringit. Ea namque & potiſſima ſignificatio eſt verbi *diſtribuas* licèt dandi quoque, vt diximus, implicitam habeat ſignificationem, in neceſſarium antecedens. Ex quo euidenter apparet, quàm verum ſit quod ſuperiore Decade aduerſus pragmaticorum & interpretũ noſtrorũ opiniones diſputauimus, nõ eſſe propoſitionẽ illam generaliter & indiſtinctè admittendam, quam noſtri pro veriſſima paſſim vtuntur, vt ceſſante electione fideicommiſſum petere poſſint ij omnes qui eligi ab herede potuiſſent. Nam ſicuti quandoque latiùs patet ius electionis, vt poſſit heres etiam aliquem ex remotioribus eligere, qui tamen ſi nulla electio facta eſſet, nec præferri proximioribus poſſet, nec cum iis concurrere, *l. heredes mei 57. §. vltim. D. ad SC. Trebellianum* iunct. *l. omnia 32. aliàs l. cùm ita §. in fideicommiſſo de legatis 2.* Ita euenit aliquando vt ſtrictior ſit poteſtas eligendi: Nimirum quoties ita ſunt concepta verba fideicommiſſi, vt dubitari non poſſit quin teſtator voluerit eſſe illam ſtrictiorem. Sed & diuerſitatis huius ratio proficiſci etiam poteſt ex diuerſa condicione fideicommiſſorum. Fideicommiſſum enim quod ex ipſis teſtamenti verbis inducitur, tam latè patet quàm patent verba ipſa quibus relictum eſt, nec vnquam reſtringitur, niſi quatenus verborum propria ſignificatio aut iuſta interpretatio ſuadere videatur. At fideicommiſſum quod interdũ ſola legis poteſtate inducitur, quale illud eſt quod ex alienationis extra familiam prohibitione in caſum contrauentionis, aut ex iuſſu dandi cui ex familia heres voluerit, ſi nulla electio ſecuta ſit, prudentes noſtri induxerũt, faciliùs recipit reſtrictionẽ ex eiuſdem legis interpretatione, vt nõ omnes qui verborum generalitate æquè comprehendi poſſent ſimul admittantur, ſed ſecundum eum ordinem quem lex præſcribit, de cuius interpretatione fruſtra & immeritò conquerantur illi qui ſine beneficio legis non admitterentur, & quibus lex dat fideicommiſſum, quod teſtator ipſe non dedit licèt non alia de cauſa det quàm vt conſeruet atque adiuuet voluntatem.

Digitized by Google

ERROR SECVNDVS.

Quid interſit an electio data ſit his verbis, Quibus voles, an illis, His quos dignos putaueris.

ILLA etiam & quidem obſeruatione digna differẽtia eſſe creditur inter has fideicommiſſorum formulas *quibus voles*, & *his quos dignos putaueris*, aut quod hac parte idem eſt *his qui te promeruerint*, quòd prior formula omnes admittit ad petitionem fideicommiſſi ſtatim atque mora in eligendo per heredem facta eſt quaſi iam præſenti die dato fideicommiſſo, vt diſertè ſcriptum eſt *in dicta lege cùm quidam.* Ex qua lege interpretes noſtri omnes ita ſentiunt. Poſterior verò clauſula dat arbitrium ei qui rogatus eſt, quo tempore fideicommiſſum præſtare velit, etiamſi de fideicommiſſaria libertate agatur (quod fideicommiſſi genus omnium fauorabiliſſimum eſt) ita vt ſi viuus non præſtiterit fideicommiſſum eius heres ſtatim id præſtare compellatur *dicta lege ſeruos 20. De manumiſſ. teſtament.* Cuius diuerſitatis ſi vera ſit, illa fortaſſe ratio eſt, quòd heres ſtatim velle poteſt, & decernere cui potiùs offerat: quos verò dignos putet, non tam facilè, nec tam citò poteſt conſtituere, cùm fieri poſſit, fiátque quotidie, vt qui heri dignus erat, aut ſaltem non indignus, hodie faciat aliquid propter quod videri debeat indignus. Itaque videtur hæc clauſula fauorẽ heredis maximè reſpicere, nõ tãtũ vt habeat diſtribuendi arbitriũ, & præferendi quem volet (idẽ nãq; obtinet cùm teſtator ſcripſit *quibus voles*) ſed etiã vt quandiu heres viuit, ij omnes, qui ad fideicommiſſum inuitati ſunt, in officio retineantur, ne indignos ſe prębeant, quod non aliter aut meliùs fieri poteſt, quàm ſi perpetuum heredi, quandiu viuit, obſequium præſtẽt, niſi heres malit fideicõmiſſum repræſentare vt maiore beneficio ad præſtandum officium prouocentur: in quo tamen illud mirum videri poteſt, quòd ratio hæc diuerſitatis ſupponit verbum *voles* non habere tractum temporis, & tamen habet vt conſtat *ex l. 1. §. ſi quis adita l. filij 6. §. 1. D. ad SC. Tertyll.* vbi dicitur hoc verbum extenſiuum eſſe, & cùm verba extenſiua ſunt poſſe admitti pœnitentiam, & mutationem voluntatis, quia ſcilicet futurum tempus reſpiciunt, non præteritum, aut præſens, niſi fortè quis reſpondeat ſubtiliter, meo iudicio magis quàm verè, vt in ſequẽtibus dicemus, multùm intereſſe an tale verbum prolatum ſit à lege, an ab homine condicionis adſcribendæ gratia: quaſi priore caſu facilè poſſit eã recipere interpretationẽ quam lex vult, & quam propria dictionis ſignificatio requirit. Poſteriore verò non item quia condicionum verba ex ſolius teſtatoris voluntate in vltimis voluntatibus ſunt interpretanda *l. in condicionibus 19. D. de condic. & demonſtr.* Teſtator autem cùm ita ſcribit *quibus voles* ea proculdubio mente eſt, vt contentus ſit prima voluntate, quia ſtatim atque ſemel heres voluit, verum eſt eum voluiſſe. Nec quod poſtea nolit, facere poteſt vt non ſemper verum ſit eum ſemel voluiſſe, atque ita condicionem impletam fuiſſe, quæ porrò vbi ſemel extitit, deficere poſtea nunquam poteſt, ſicut nec illa vnquam exiſtere quæ ſemel defecit. Tantóque magis hæc obtinent, quod non ita relictum fideicommiſſum fuiſſe ponimus *ſi voles*, nec enim ſic relictum valeret vtpote quod eſſet collatum in meram heredis voluntatem quod fieri nequit *l. Senatus 43. §. penult. de legat.*

1. nec

1. Nec ruſum ita *cùm volueris*, quæ verba conſtat habere tractum temporis quandiu viuat is à quo fideicommiſſum relictum fuit, ac proinde facere condicionem, tanquam dato fideicommiſſo in diem incertum mortis heredis, qui dies incertus pro condicione habetur *l. dies incertus* 75. *de condic. & demonſtr. l. fideicommiſſa* 11. *§. hoc autem legatum de leg.* 3. ſed in hunc modum *quibus voles*, & quidem poſt datum purè libertis omnibus fideicommiſſum per illa verba *Rogo reſtituas libertis meis*, quæ clauſula præcedés facit, vt illa ſub ſequens *quibus voles* non adeò condicionale fideicommiſſum reddat, atque ſi ſcriptum eſſet *cui ex libertis meis dare voles*, ſed hactenus duntaxat ne quiſquam ex libertis poſſit ſe fideicommiſſarium dicere ante declaratam ab herede voluntatem, aut moram in ea declaranda contractam: cùm tamen ſuperiore proximo caſu, id eſt cùm ita ſcriptũ fuit *cui ex libertis meis voles*, maneat condicionale fideicommiſſum in id vſque tempus, quo electio aliqua ſecuta ſit, etiamſi mora in eligendo per longum tempus contracta proponatur. Eſt enim huiuſmodi fideicommiſſum ab initio condicionale, ita vt nulla ex parte verborum poſſit videri purum, nec proinde quicquam eſt, ex quo ſuam intentionem cõfirmare poſſint fideicommiſſarij ante factã electionem, quia quandiu electio facta non eſt tandiu verum eſt nec extitiſſe condicionem fideicommiſſi quæ poteſt adhuc deficere, nemine in poſterum electo, nec defeciſſe, quę nimirũ poteſt adhuc exiſtere ſi modò heres grauatus, aliquem velit eligere in diẽ vſque mortis. *l. vnũ ex familia* 67. *in prin. & §.* 1. *& §. rogo de leg.* 2. Denique etſi verum eſt iam inde ab initio alicui ex libertis relictum eſſe fideicommiſſum, tamen quis ille ſit neſcitur, Aut vt meliùs dicam, Sat ſcitur neminẽ eſſe cui relictum ſit adeò vt non tãtùm probatio hoc caſu deficiat vt *in l. duo ſunt Titij* 30. *D. de teſt. tu.* ſed etiã ius, quia nullũ ius cõpetere poteſt ex fideicõmiſſo condicionali, ſiue expreſſa condicio ſit ſiue tacita, quouſque cõdicio extiterit *l. is cui* 42. *D. de oblig. & actien. l.* 1. *De cond. & demon.* In ſumma fideicommiſſum ita relictum, *Rogo reſtituas libertis meis quibus voles*, non tã condicione quàm mora ſuſpenditur, quia etiamſi voluntatẽ ſuam heres non declaret, atque ita ſit & maneat inutilis adiectio illa *quibus voles* ſuperſunt tamẽ priora illa verba *Rogo reſtituas libertis meis* quæ quoniá diſpoſitiua ſunt, & bonum per ſe ſenſum habent, & fideicommiſſo cõueniunt, vtique fideicõmiſſum continent, & quidẽ purũ, ex quo proinde nihil abſurdi eſt naſci petitionem fideicommiſſi ſtatim atque mora in declaranda voluntate contracta eſt. At quod ita relinquitur, *cui ex libertis meis voles* adeò implicitam habet tacitam electionis faciendę condicionem, vt ea ſublata nihil ſuperſit quod per ſe poſſit conſtituere aliquod fideicõmiſſum, multò minùs quod purum. Quãtũ verò interſit an cõdicione, an mora fideicõmiſſum ſuſpendatur cõſtat ſatis ex *l. heres meus* 79. *in princ. l. quibus diebus* 40. *§. quidam Titio De condic. & demon. l. ex his verbis* 5. *C. quand. dies legat. vel fideic. ced.* & aliis quàmplurimis locis. Proinde fideicõmiſſum omnimodo condicionale eſſe hoc caſu neceſſe eſt, quippe quod ſi condicionale nõ eſſet, nullũ eſſet. Nec pugnat quod ſcriptũ videtur *in d. l. vtrum* 7. *§.* 1. *De reb. dub.* diſtribuendi quidẽ liberum arbitriũ in hac ſpecie heredi conceſſum eſſe, ſed dandi neceſſitatẽ præcedere. Illo namque loco relictum erat fideicommiſſum vni ex coheredibus cui grauatus heres vellet, ac proinde quáuis nulla electio ſequeretur, non eo minùs tamẽ verũ erat datũ fuiſſe fideicõmiſsũ purè ſi nõ omnib. coheredib. ſaltẽ vni ex eis. Quod nõ ita eſſet ſi teſtator ſimpliciter ſcripſiſſet *cui ex coheredibus voles*. Quãuis illo etiã

Digitized by Google

caſu verum ſit nemine electo poſſe omnes fideicommiſſum petere *d.l. vnum 67.§.rogo de leg.2.* non tanquam omnibus datum ſub ea condicione contraria quæ nullibi expreſſa inuenitur, ſi nemo eligeretur, ſed quia licèt vni tantummodò datum ſit, & quidem non purè ſed ſub condicione in caſum electionis, non debuit tamen eſſe in heredis poteſtate vt neminem eligendo liberaret ſe ab onere fideicommiſſi: quod vtique euenire neceſſe eſſet niſi per iuſtam legis interpretationē ea fideicommiſſi præſtandi ratio induceretur: idémque euenit, cùm teſtator vni expreſſim fideicommiſſum dedit cū illa adiectione *cui voles*. Etſi enim hic caſus in eo differt à ſuperiore quod vni ex coheredibus dandi neceſſitas ab ipſo teſtatore proficiſcitur non à lege, perinde tamen incerta eſt perſona eius cui teſtator fideicōmiſſum dedit acſi ſimpliciter ſcriptum eſſet *cui ex coheredibus voles* nulla electione ſecuta, cùm quis vnus ille ſit, penitus ignoretur, Nec eo minùs futurum ſit vt fideicommiſſum omnino intercidat, niſi per legis poteſtatem voluntas teſtatoris adiuuetur, obligato heredis herede vt ob nullam electionem factā præſtet omnibus fideicōmiſſum quod nō niſi vni fuerat datum. Vtroque igitur caſu ſi nulla electio facta ſit, dandi neceſſitas incumbit, ſed vno caſu iniuncta per teſtatorem dandi omnimodo & purè, quamuis non prorſus ſtatim, vni, per legem verò dandi omnibus ſi neſciatur quis vnus ille ſit, ne alioqui quod datum eſt vni præſtetur nulli: Alio autem caſu iniuncta æquè per teſtatorem dandi vni quidem ſed non omnimodò, nec purè, at ſub illa condicione ſi is eligetur: Per legem verò dandi omnibus ſi nemo eligatur. Priore caſu neceſſitas dandi à teſtatore iniuncta præcedit arbitrium diſtribuendi, quod idem teſtator conceſſit. Poſteriore verò neceſſitas quæ eſt dandi à teſtatore iniuncta non præcedit ſed concomitatur diſtribuendi arbitriū: Neceſſitas verò illa, quæ per legem inducitur præſtandi omnibus quod vni ſoli datum fuit, vtroque caſu ſequitur arbitrium diſtribuendi, nullo præcedit, cùm non aliam cauſam habeat quàm quod electio nulla facta ſit per eū, qui eligere & potuit, & debuit. Atque ita in toto hoc tractatu diligenter attendendum eſt an de ea dandi neceſſitate agamus quæ iniuncta ſit per teſtatorem, an de ea quæ iniungitur per legem. De priore loquitur Caius *in d. l. 7.§.1.de reb. dub.* & Vlp. *in d.l. cùm quidam.* De poſteriore verò Papinianus *in d.l. vnum ex familia 67. §. rogo eod. tit. De legat.2.*

ERROR TERTIVS.

De inſcitia Triboniani in d.l. cùm quidam & de Marcelli ſententia ibidem relata.

REdeo iam ad *d.l. cùm quidam*, in qua quod ex eodem Marcello ſubiicit Vlpia. *in verſ. idem ait*, Si heres rogatus reſtituere liberis quibus volet neminem eligat, omnes ad fideicommiſſum admitti, facilem habet ex ſuperioribus rationem. Quid enim mirum eſt peti ab omnibus fideicommiſſum, quod omnibus datum fuit? Nec enim verba illa *quibus voles* quæ à teſtatore adiecta ponimus, facere poſſunt vt fideicommiſſum intercidat, quaſi defecta condicione ſub qua relictum videbatur, cùm electio nulla facta eſt: Siquidem ſublatis verbis illis fideicommiſſum remanet purum, & conſequenter tantò citiùs præſtan-

Digitized by Google

præſtandum, quaſi quod ab initio non tam condicione aliqua quàm mora declarandæ per heredem voluntatis ſuſpenſum fuerit, nunc verò ne mora quidem ſuſpendatur poſtquàm heres ipſe in declaranda ſua voluntate moram contraxit. Sed illud magis mirum eſt quod Vlp. ait *videri quaſi iam præſenti die datum, cùm ſic relinquitur, Quibus voles nec vlli offerat.* Senſus enim eſt vt eiuſdem legis ſequentia explicant, quæ hanc Marcelli ſententiam interpretantur, Cùm fideicommiſſum ita relinquitur, *Rogo reſtituas libertis meis quibus voles* ſi non offerat heres cui dare velit, adeóque ſi non ſtatim offerat, id eſt ſine aliquo interuallo, ſtatim competere omnibus petitionem, id eſt etiam viuo herede, qui in mora eſt offerendi: Mihi verò videtur hoc durius, & improbabilius, quàm vt poſſim credere ſic Marcellum ſenſiſſe, Tantum abeſt vt credam eſſe id ex iuris ratione: Primùm quia non ita Marcellus ſcripſerat ſi eius ſententiā benè retulit Vlpianus, *ſi neminem ſtatim eligat, omnes ad petitionem fideicommiſſi admitti*, ſed ſimpliciter & indefinitè hoc modo *ſi neminē eligat.* Senſit igitur potiùs non aliter poſſe omnes ad fideicommiſſi petitionem admitti quàm ſi neminem heres quandoque elegerit, hoc eſt ſi nemo vnquam ab herede electus ſit, vt intelligamus quandiu heres poteſt eligere, fideicommiſſum à nemine peti poſſe, non magis quàm in ſpecie illa de qua reſpondit Papinianus *in l. vnum ex familia 67. §. rogo eod. de leg. 2.* Etſi nāque in illa Papiniani ſpecie hoc amplius eſt quòd fideicōmiſſum ab herede relictum fuerat, non niſi cùm moreretur præſtandū, ne dubitari poſſet quin eſſet relictum in diē incertum mortis heredis, nec proinde priùs debitum, cùm poſſent antea fideicommiſſarii omnes mori *l. vxorem 41. §. Seium maritum de leg. 3. l. Statius Florus 48. §. Cornelio Felici D. de iur. fiſc.* Effectu tamen ipſo nihil apud me intereſt, an libertis ſuis reſtituere cùm morietur rogatus quis ſit, an cùm voluerit, nec rurſus an *cùm voluerit*, an verò *cùm volet* aut *cui volet.* Nam omnes hæ tres clauſulę ſunt extenſiuæ & habent tractum temporis in futurum, vt ſuperiore capite ſcripſimus ex *l. fideicommiſſa 11. §. hoc autem legatum de legat. 3. l. 1. §. ſi quis adita l. filij 6. §. 1. D. ad SC. Tertyll.* Vt ſcilicet heres etiamſi ſemel voluerit, & aliquem elegerit, adhuc tamen quandiu viuit mutare voluntatem poſſit, & perinde iterum eligere aliū acſi cùm moreretur eligere iuſſus eſſet *d. l. vnum ex familia in princip.* Hoc eſt enim quod Vlp. ſcribit *in d. §. hoc autem*, huiuſmodi legatum *cùm volueris* tractum habere quandiu viuat is à quo fideicommiſſum relictum eſt, vt conſtat ex coniunctione *d. §. cum §. præced.* Nec quod nos eum caſum tractamus in quo ſcriptum erat *quibus voles*, diuerſitatē iuris poteſt inducere, cùm hoc verbum *voles* magis habeat tractum temporis quàm verbum *volueris* vt apparet ex *l. ſi quis ſtipulatus ſit 112. De verb. oblig.* vbi Pomponius ſcribit, multum referre an ſtipulationis verba ita concepta ſint *quem voluero*, an ita *quem volam*. Nam ſi talis ſermo fuerit, *Quem voluero*, ſtipulatorem poſtquàm ſemel elegerit, mutare voluntatem non poſſe, quaſi non habeant verba illa tractum temporis, Si verò tractum habeat ſermo & ſit talis, *quem volam*, poteſtatem habere mutandi donec iudicium dictet. Qui locus ne pugnet cum *d. §. hoc autem*, neceſſariò fatendum eſt differre hac parte vt in aliis pleriſque legatum à ſtipulatione. In legato verbum *cùm volueris* perinde habere tractum temporis atque verbum *voles*: In ſtipulatione non item, ideò fortaſſe quòd in legatis fiat latior interpretatio, pręſertim fauore heredis cui nihil poteſt imputari, At non in ſtipulatione cùm poſſit imputari ſtipulatori cur aliter & me-

liùs legem non dixerit *l.quicquid 99. eod.* iunct. *l.veteribus 39. D.de pact.* Vt-ut ſit, negari non poteſt quin verbum *voles* habeat tractum temporis, Nec minùs ſi ab homine proferatur ad condicionem adſcribendam, quàm ſi à lege. Illa enim diſtinctio quam proximo capite ex aliorum magis quàm ex noſtra opinione retulimus, quaſi aliter explicanda ſint verba cùm ab homine quàm cùm à lege proferuntur, mihi probabilis fieri nulla ratione poteſt, qui video etiam in teſtamentis perpetuum eſſe vt non aliter à propria verborum ſignificatione recedi oporteat, quàm ſi manifeſtum ſit aliud ſenſiſſe teſtatorem *l.non aliter 69.D: legat.3.* Itémque vt eas controuerſias quæ ex ipſo teſtamento oriuntur neceſſe ſit ſecundum ſcripti iuris rationem expediri *l. in his 16. D. de condicion. & demonſtrationib.* Sed etſi verum eſſet, quod nos ſemper negabimus, verbum *voles* tractum temporis non habere vt permittat mutationem voluntatis: illud tamen ſemper faciet, vt non prius poſſit quiſquam id fideicommiſſum petere quàm heres ſuam declarauerit voluntatem. Nam ſi ea verba *niſi heres noluerit* quæ poſt primam voluntatem non relinquunt heredi arbitrium dicendi ſe nolle aut noluiſſe, ipſius tamen expreſſam voluntatem exigunt, vt ſcriptum eſt in *d. l.fideicommiſſa §. ſic fideicommiſſum.* quanto magis expreſſa erit neceſſaria voluntas heredis à quo fideicommiſſum relictum fuit *cùm volet*, aut *cui volet*? Quod ſi quis admittat, ſtatim conſequens fiet vt non ob id ſolùm poſſit ad fideicommiſſi præſtationem vrgeri, quòd non continuò ſuam voluntatem declarauerit, cùm etiamſi nondum velit, quandoque tamen poſſit velle, cui ſcilicet teſtator ad eam voluntatem declarandam nullum tempus certum præſcripſit. Quàm verò abſurdius & iniquius illud erit ſi Marcellũ ſic interpretemur, vt hic heres cuius voluntatem teſtator exegit & cui liberum eligendi arbitrium dedit, non ſolùm ſtatim velle cogendus ſit, ne ſtatim ab omnibus conueniatur, ſed etiam fideicommiſſum ei quem eligat offerre. Longè ſiquidem plus eſt non petenti offerre adeóque ei qui petere non poſſit, quàm petenti ſoluere: Neque verò vſpiam proditum eſt cogi heredem offerre legatum legatario, aut fideicommiſſum fideicommiſſario, ne tum quidem cùm legatum aut fideicommiſſum purum eſt, iiſque verbis relictum quæ voluntatem heredis nullomodo exigant: Sufficit enim vt petenti legatario vel fideicommiſſario non deneget ſolutionem, quia & interdum fieri poteſt ne legatum, aut fideicommiſſum petere velit is cui relictum fuit: niſi cùm legatum eſt minori *lege Titia Seio octuageſimaſeptima §. vſuras de legatis 2. lege cùm quidam decimaſeptima §. ſi pupillo Digeſt. de vſur. lege in minorum 3. Cod. in quibus cauſis non eſt neceſſarium in integrum reſtitui.* Et tamen ſic Vlpianus loquitur *in dicta lege cùm quidam*, quaſi Marcellus ſenſerit obligatum eſſe hoc caſu heredem vt offerat fideicommiſſum ſtatim alicui ex libertis, aut vt ſe ab omnibus conueniri patiatur. Quod ſi ita eſt, durior erit condicio heredis qui iuſſus eſt fundum reſtituere libertis quibus volet, quàm ſi fundum purè ac ſimpliciter reſtituere iuſſus eſſet. Nam & cùm heres damnatus eſt vni ex libertis decem dare, nec conſtituit apud ſe cui dare velit, non ad aliud tenetur heres quàm vt eadem decem libertis omnibus præſtet, nimirum petentibus, quomodo ex eodem Marcello ſcriptum

Digitized by Google

ptum eſt *in lege ſi quis Titio decimaſeptim a §. 1. de legat.'2.* At vt hæc decem aut alicui ex libertis aut omnibus offerre debeat nullo loco proditum eſt, Multúmque refert an dicamus debere heredem apud ſe conſtituere cui dare velit, vt ſcriptum eſt *in d. §. 1.* an verò debere ipſum offerre, quomodo loquitur Vlp. *in d. l. cùm quidam.* Sed & me illud maximè mouet, quod video Vlpianum ex Marcello duas ſpecies tractare. Priorem de fideicommiſſo ſic relicto, *Rogo reſtituas libertis meis quibus voles*: Poſteriorem verò de fideicommiſſo per hanc formulam cõcepto, *Rogo reſtituas libertis meis his quos dignos putaueris.* Et poſtquàm dixit in quo huiuſmodi formulæ diſcrepent quãtùm ad condicionem eligendorum, Vt nimirum prior formula patiatur etiam indignum præferri, Poſterior verò ſolos illos qui non offenderunt: Subiungit Vlpianus, ex eodem Marcello verſiculum illum, de cuius interpretatione nunc agimus, *Idem ait, ſi neminem el git, omnes ad petitionem fideicommiſſi admitti*, Nempe ſiue priorem, ſiue poſteriorem fideicommiſſi formulam à teſtatore vſurpatam proponas. Cur enim ad priorem ſolam velit quis hunc verſiculum referre, ac non potiùs ad vtramque? Aut ſi alterutra eligenda eſt quidni potius poſterior quæ præceſſit immediatè? Tritum enim eſt ſequentem clauſulam referri debere ad proximiora non ad remotiora. Atqui cùm ita fideicommiſſum datum eſt *Rogo reſtituas libertis meis quos dignos putaueris*, certum eſt, Arbitrium eius eſſe qui rogatus ſit quo tempore fideicommiſſum præſtare velit, ita vt ſi viuus non præſtiterit hæres ipſius ſtatim præſtare cogatur *l. ſeruos legauit 20. D. de manumiſſ. teſtament.* vbi Africanus hoc ipſum ſcribit de fideicommiſſo libertatis quod omnium fauorabiliſſimum eſt. Nec enim facilè patitur ciuilis legiſlator moram aliquam fraudémve fieri libertati *l. cùm verò 26. §. ſubuentum & legibus ſequentibus* iunct. *l. generaliter 24. §. ſi quis ſeruo de fideic. libert. l. mulier 22. §. non eſt dubitatum D. ad SC. Trebell.* Non ergo verũ eſſe poteſt quod Marcellũ voluiſſe Vlpianus vult, vt heres ipſe qui fideicommiſſo grauatus eſt ſi non ſtatim fideicommiſſum offerat alicui ex eis quos eligere potuit, idipſum omnibus ſtatim preſtare teneatur, Idque præſentiens ſiue Tribonianus ſiue interpres potiùs quidam ille fuit, poſt illa verba *cùm ſic relinquitur*, adiecit *quibus voles*, ne alioqui Marcellus aut Vlpianus cum Africano hac in re pugnare videretur, cùm tamen apertiſſimum ſit vtriuſque formulæ ſpeciem, vt iam diximus, ab Vlpiano & Marcello tractatam fuiſſe, nam & verba illa *quibus voles* lineis interclusa ſunt vt ſolent eſſe quæ ſunt ſuſpecta. At omnium intolerabiliſſimum illud eſt, quod Vlpianus poſteaquàm Marcelli ſententiam ſic interpretatus eſt, quaſi ſenſerit heredem hunc de quo agimus, ſtatim eligere aliquem ex libertis, eíque offerre fideicommiſſum debere, ſubinde *ſtatim* illud ſic interpretatur *ſine aliquo ſcilicet interuallo.* Quis enim prudentum ſic vnquam interpretatus eſt? Imò clamant omnes, Quoties in iure noſtro ita conſtitutum vel receptum eſt vt aliquid ſtatim fieri ſit neceſſe, ſic accipi id oportere vt laxamentum & temperamentum aliquod adhibeatur quod illi ἐν πλάτει dicunt, id eſt, cum aliquo ſpatio temporis nec minimo, nec maximo, & quod magis intellectu percipi, quàm elocutione exprimi poſſit, vt in *lege prima §. item ſi legatum D. ad legem Falcidiam*, *lege continuus 137. §. cùm ita, De verborum obligationibus*, *lege promiſſor vigeſimaprima §. primo Digeſt. de conſtitut. pecun. lege quod dici-*

Digitized by Google

mus 105. *D. de ſolut. l. quo enim* 12. *§. Iulianus D. rat. rem habe.* Neque verò Vlpianus ipſe hoc negare poteſt in ſpecie *d. l. cùm quidã*, in cuius poſtremis verbis ita ſcribit, *Niſi fortè antequàm iuſtum tẽpus prætereat: quo potuit eligere cui potiùs offerat, cæteri deceſſerint.* Itaque ſecum pugnat, qui cùm priùs dixiſſet non ſolùm offerendũ eſſe ſtatim, ſed ſubiecta etiã illa interpretatione *ſine aliquo ſcilicet interuallo* quę dictio *ſcilicet* pręciſè reſtrictiua eſt vt noſtri poſt Bart. tractant *ad l. omnia* 32. *aliàs l. cùm ita §. in fideicommiſſo de leg.* 2. ſubinde tamen fatetur iuſtum tempus intercedere oportere, quod prætierit, & intra quod potuerit heres eligere vt omnes liberti ad petitionem fideicommiſſi, quaſi contracta mora per heredem admittantur. Nec quod Accurſius vt hanc repugnantiam effugiat, interpretatur verba illa *ſine aliquo ſcilicet interuallo* de eo interuallo quod ſit magnum, id eſt iuſto maius, non de eo quod ſit iuſtum, facere poteſt, vt non ſemper verũ ſit malè locutũ Vlpianũ & contrà quàm ſoleat ipſe loqui, cùm quod dixerat *ſtatim* offerri debere ſic interpretatus eſt *ſine aliquo ſcilicet interuallo.* Aliquod enim interuallũ qui dicit in huiuſmodi tractatu, is nõ de magno, ſed modico potiùs iuſtóque interuallo ſẽtire intelligitur, tãtũ abeſt vt de eo ſẽtire poſſit quod ſit maius iuſto. Sed & me illud malè habet, quod in eadẽ ſub Vlpiani nomine ſcriptum video, Heredẽ qui in mora fuerit eligendi lege poſſe tamen moram purgare & adhuc eligere, quandiu fideicommiſſum nemo petit ex iis qui eligi potuerint. Id enim eſt quod ſcribitur in verſic. *vtique ſi vno petente iam eligere non poteſt cui det.* Prius ergo eſt vt aliquis ex libertis fideicommiſſum petat, quàm vt heres qui non ſtatim elegit, eligere prohibeatur. Atqui non aliter poteſt quiſquam ex libertis fideicommiſſum petere, quàm ſi vel electus ipſe ſit, & quidem incommutabiliter, vel certum ſit heredem neque elegiſſe, neque eligere amplius poſſe: Sic enim accipio, quod Marcellus dixerat *ſi heres neminem eligat omnes ad fideicommiſſi petitionem admitti.* quia perpetuò verũ eſt quod Papin. noſter ſcribit *in d. l. vnũ ex familia* 67. *§. rogo eod. tit.* non poſſe quemquã petere quandiu pręferri alius poteſt. Sic igitur fiet vt circuitum inducamus, & perplexitatem à qua euoluere nos non poſſimus, exẽplo illius de qua *in l. qui quadringenta* 88. *D. ad leg. falc. & in l. ſi Titius* 16. *D. de condic. inſtit.* Nam ſi dicamus libertos omnes poſt moram ab herede in eligendo contractam poſſe fideicommiſſum petere, conſequens ſtatim fiet vt ab eo tempore non ſit permittendum heredi vt eligat: Non ob id ſolùm ne cæterorum quibus iam par & æquale ius quæſitum eſt condicionem deteriorem faciat, ſed etiam quia prius eſt vt nõ poſſit eligere, quàm vt ob non factam electionem, poſſint liberti fideicommiſſum ab eo petere. Rurſum ſi dicamus poſſe illum eligere etiam poſt moram quoadusque aliquis fideicommiſſum petat: Nemo igitur interim fideicommiſſum petere poterit: Atque ita eueniet vt poſt moram heredis vtraque propoſitio vera futura ſit, libertos & habere ius petendi fideicommiſſi, & non habere, Heredem verò & eligere adhuc poſſe & non poſſe, quod quàm abſurdum ſit, nemo non videt. Cùm itaque iuris ratio faciat, vt neque ad fideicommiſſi petitionem aliter admittantur liberti, quàm ſi heres neminem ex eis elegerit, nec eligere amplius vnquam poſſit, Neque prohibendus ſit heres eligere, adeóque quod magis eſt poſtquàm elegerit mutare voluntatem quandiu viuit, cùm data ei electio eſt per verba illa tractum temporis habentia *quibus voles* aut *quos dignos putaueris*, concludamus in vtroque caſu iſto expectandam neceſſariò mortem heredis vt fideicommiſſi petitio libertis omnibus poſſit competere, Ac

Digitized by Google

re, ac proinde non niſi in heredis herede verum eſſe quod de herede ipſo ait Vlpianus, Conueniri eum ſtatim de fideicommiſſo ab omnibus libertis poſſe, vt ab Africano in ſpecie nō diſſimili diſertè reſpōſum eſt in *d.l.ſeruos.* Multò magis autem falſum eſſe quod ſub Vlpiani nomine ſcriptum eſt in *d. l.cùm quidam*, videri huiuſmodi fideicommiſſum quaſi iam præſenti die datū cùm ſic relinquitur *quibus voles* ſi heres nulli offerat. Habet enim reuera fideicommiſſum hoc temporis tractum vt heres quādocunque & velle poſſit, ideſt eligere, & vbi ſemel voluerit, & elegerit, adhuc voluntatem mutare quandiu viuit.

ERROR QVARTVS.

De emendatione dict. l.cùm quidam.

QVÆ cùm ita ſint, cogor dicere, & adſeuerare quod ante me nemo dixit totam legem illam à Triboniano noſtro deprauatam fuiſſe ſub Vlpiani nomine ob non bene perceptam Marcelli ſententiam quam ille per merā inſcitiam iuris malè interpretatus longè aliter accepit quàm aut à Marcello expreſſa ſit aut accepta per Scæuolam qui ad Marcellum notas ſcripſit, Tollo primùm verba illa *videri quaſi iam præſenti die datum cùm ſic relinquitur, Quibus voles nec vlli offerat.* Inde namque incipit error & abſurditas, vnde initium ſumit Triboniani interpretatio: hanc porrò non tam Marcelli ſententiam fuiſſe quam alterius ad Marcellum interpretationem coniicio, probóque ex eo quod ſcriptum eſt in *verſic. videtur enim*: Videri Marcellum arbitrari, cùm fideicommiſſum ita vti diximus, relinquitur, niſi offerat heres cui velit, & ſtatim offerat ſine aliquo ſcilicet interuallo ſtatim competere omnibus petitionem. Quid enim erat neceſſe ſic loqui Vlpianum, & quaſi de Marcelli ſenſu ac mente dubitantem, ſi tam apertè Marcellus ſcripſerat, quaſi iam præſenti die datum videri hoc fideicommiſſum? At neque perfecta eſt ſententia, ſi non addas dictionem *enim*, aut quam aliam ſimilem, quæ ſuperiori hác coniungat, & quam neceſſe eſt à malo interprete aliquo ſubtractam eſſe, cùm exiſtimaret fortaſſe verbum *videri* ad præcedentem ſententiam pertinere, quomodo etiamnum legitur in pleriſque editionibus quæ habent virgulam poſt *videri*. Omnino malè. Grāmatica enim conſtructio requireret, vt ſcriptum eſſet *quaſi iam præſenti die dati* cùm in præcedenti clauſula ſcriptum ſit *fideicommiſſi*, ni clauſula hæc diſtincta eſſet, & ſeparata, ac veluti rationis loco ſubiecta. Prodit verò hæc ratio Tribonianum, cui familiare eſt, prudentum ſententias quantumuis apertiſſimas quaſi obſcuræ ſint, pro arbitrio interpretari, vt inde nouas & quales vult propoſitiones inferat à iuris ratione penitus alienas. Nam in propoſito, quid obſecro dixerat Marcellus, propter quod ſuſpicari quis poſſet in ea fuiſſe illum opinione, vt ſi non ſtatim heres eligeret, ac ſine aliquo ſcilicet interuallo, protinus fideicommiſſum ab eo petere liberti omnes poſſent? Id vnum Marcellus nimirum dixerat, ſi heres neminem eligat, omnes ad fideicommiſſi petitionem admitti. Quid verò illud eſt *ſi neminem eligat*, niſi hoc ipſum quod nos interpretamur, ſi neque velit, neque poſſit amplius eligere. Quandiu enim poteſt eligere, quid obſtare illi debet, non elegiſſe? Illud ergo quærendum & diſcutiendum ſupererat, An eligendi facultas intercideret, ſi

Digitized by Google

non electio ſtatim facta eſſet. De quo tamen non dubitabat quidem Marcellus,quia nec dubitandi cauſa vlla ſubeſſe poterat, cùm iis verbis fideicōmiſſum relictum proponeretur, quæ extenſiua eſſe conſtabat: prodit etiam Tribonianum quod tam ſæpe vtitur verbo *offerendi* pro eo quod voluit dicere *præſtandi & reſtituendi*. In quo ſenſu neque Vlpianus, neque vllus ex veteribus prudentibus oblationis nomen vnquá vſurpauit,at Tribonianus perſæpè,maximè in Nouellis adeò vt *oblationem* paſſim dixerit pro ſolutione & datione. *Nouell.39.de reſtit.& ea quæ par.vndec.menſ.cap.1.§.quamobrem.* & *Nouell.97. de æqual. dot.cap. 6. §. illud quoque.* vnde ſumpta eſt *Auth. quod locum,* quæ hoc etiam verbo in eundem ſenſum vtitur *C. de collat.* Produnt quoque Tribonianum tot interciſæ ſecúmque pugnantes ſententiæ, tanquam dubij hominis & hæſitabundi. Nam cùm prius dixiſſet videri fideicommiſſum præſenti die datum ſi heres nulli offerat, mox vt ius tam aſperum corrigat, ſubiungit *vtique ſi vno petente iam eligere non poteſt cui det.* Quaſi non poſſit decernere vtrum præcedere debeat, An vt non poſſit heres amplius eligere ad hoc vt petere fideicommiſſum poſſit aliquis ex libertis, An contrà vt poſſit aliquis ex libertis fideicommiſſum petere,antequàm heredi etiam qui moram contraxerit,facultas eligendi omnino auferatur. Rurſus cùm Marcelli ſententiam ſic interpretatus eſſet, quaſi non dubitaſſet Marcellus quin præſenti die fideicōmiſſum datum eſſet ſi heres moram in eligendo quantulácumque contraheret,mox de hoc ipſo dubitat an Marcellus ita ſenſerit, cùm ſubiungit *videtur enim Marcellus arbitrari, &c.* Prætereà poſtquàm Marcelli ſententiam ſic accepit,quaſi ſtatim heres eligere, & electo fideicommiſſum præſtare debeat,ſubinde dubitat quid ſibi velit illud *ſtatim*, mox adhibet præciſam & certam adfirmationem iis verbis *ſine aliquo ſcilicet interuallo*, tum veluti mutata ſententia, & per eam formulam quæ Triboniano eſt omnium familiariſſima ſubiicit *niſi fortè antequàm iuſtum tempus prætereat quo potuit eligere cui potius offerat cæteri deceſſerint.* Ita admittens falſum eſſe quod paulò antè dixerat debere heredem ſtatim eligere ſine aliquo ſcilicet interuallo: niſi quis probabilius putet his poſtremis verbis Marcelli ſententiam notari & corrigi, vt quemadmodum à Scæuola reprehenſus fuit in eo, quod dixerat prædefunctis vno excepto cæteris libertis omnibus ſoli ſuperſtiti fideicommiſſum dandum eſſe,ita reprehendatur ab Vlpiano,aut potiùs à Triboniano ſub Vlpiani nomine in hoc quod ſenſerat debere ſtatim heredem eligere ac ſine aliquo interuallo,verùm vt iam ſuprà monuimus iniuſta & maleuola iſtæc reprehenſio eſt:quæ fingit ſenſiſſe Marcellum quod neque dixit, neque ſenſit,vt habeat quod poſſit reprehendere, vt proinde cauillationem veriùs quàm reprehenſionem eam dicere debeamus.

ERROR QVINTVS.

De ſententia l. ſi quis Titio 17.§.1. de legat. 2.

SED quid,rogo,eſſe potuit,quod Tribonianum mouerit,vt tam abſurdam ſibi fingeret ad Marcellum interpretationem? Duo fuerunt,ni fallor, quæ Tribonianum ſatis alioquin f[illegible]lli facilè fefellerunt. Primum illud eſt,quod huius Marcelli ſententiæ qualem eam fuiſſe hoc loco interpretatur,veſtigia quædam vidit in *l.ſi quis Titio 17.§.1.eod.tit.de legat.2.* vbi Marcellus ſcribit, ſi heres dam-

natus

natus ſit vni ex libertis dare, & non conſtituerit cui daret heres, omnibus eum præſtare eadem decem cogendum eſſe. Non enim animaduertit Tribonianus quantum diſtet inter ſpeciem illam, & hanc quæ ex eodem Marcello tractatur in *d.l.cùm quidam*: id eſt quantum interſit, an teſtator vni ex libertis fideicommiſſum reliquerit ſimpliciter, non adiecto eo, *cui volet vt in d.* §.1. an verò libertis omnibus, aut etiam ſi mauis vni ex plurib. libertis cũ illa adiectione *quibus voles*, aut, *cui voles*. Priore ſiquidem caſu fideicommiſſum purum eſt, nulla prorſus habens verba extenſiua, quæ vel condicionem, vel moram qualemqualem poſſint fideicommiſſo iniicere. Proinde nihil eſt quod impediat quominùs fideicommiſſum per omnes peti ſtatim poſſit, niſi quod vni ſoli relictum fuit non omnibus: Quis autem vnus ille ſit, planè neſcitur, donec heres conſtituerit cui dare velit. Sed hæc ratio probat tantùm, eſſe heredis electionem cui potiùs ex libertis omnibus dare malit, non quidem quantum ad verba, vt in *dict. l. vnum ex famil. a §. rogo*, vbi electionem teſtator heredi ſuo dederat verbis illis expreſſis *cui voles*, ſed quantum ad vim & ſententiam verborum, quia quod vni perſonæ incertæ ex pluribus certis relictum eſt, non aliter ſciri poteſt cui debeatur, quàm ſi perſona illa certa fiat, quæ porrò fieri certa nequit niſi per electionem, & quidem ab herede tanquam debitore faciendam ſiue fideicommiſſum relictum ſit, ſiue legatũ per damnationem quod ad fideicommiſſi naturam propiùs accedit, & de quo agit Marcellus *in d.l. ſi quis Titio §.1.* aut per ſortem vt *in l. vlt. C. commun. de legat.* Debet igitur eſſe in poteſtate & arbitrio heredis cui det, cùm vni ex pluribus dare iuſſus fuit: licèt nihil teſtator expreſſim de electione dixerit, quia ſatis eligere iuſſus eſt qui vni ex pluribus dare iuſſus & damnatus fuit: & par eſt hac parte vis taciti & expreſſi. Sed quia non tam ex verbis quàm ex teſtatoris voluntate ius hoc eligendi proficiſcitur interueniente iuſta quoque iuris interpretatione, placet electionem hanc tamdiu durare, quandiu non ſit heres in mora eligendi, & ideò ſi heres non conſtituerit cui dare velit, interpoſito nimirum illo temporis ſpatio, quod neque maximum, neque minimum eſſe debere diximus, protinus cogendum eum dare omnibus, quod vni fuerat dare iuſſus, in pœnam ſcilicet negligentiæ, vt Bartolus noſter ad eum locum notat, non aliter quàm ſi teſtator ita ſcripſiſſet, *Heres meus decem vni ex libertis meis dato ſi non dederit, omnibus dato.* In qua ſpecie non dubitaretur quin omnibus deberetur legatum aut fideicommiſſum, quod vni oblatum & præſtitum incontinenti non eſſet, *d.l.1 §. item ſi legatum D. ad leg. falcid.* Quaſi transfuſo in omnes legato, quod in vnum duntaxat collatum fuerat, *l. ſi penum 24. D. quand. dies legat. ced.* Simile aliquatenus ſed non omnino eſt quod ex Paulo ſcribitur *in l. ſi Titio 16. de leg. 2.* ſi Titio aut Seio vtri heres vellet legatum relictum ſit, heredem alteri quidem dando ab vtroque liberari: ſed ſi neutri det perinde poſſe ab vtroque ſeparatim & in ſolidum conueniri acſi ſingulis & vnicuique ſoli legatum foret: ſimile namque illud in hoc caſu eſt, quod vterque petit legatum alterutri duntaxat datum idque propter moram in eligendo ab herede contractam: At illud diſſimile eſt, quod eorum quiſque petendo legatum, id petit quod ſibi relictum eſt nominatim, nec repelli poteſt exceptione illa, quaſi id petat quod alij, aut quod non ſibi ſoli relictum fuerit. Ponimus enim Titio aut Seio legatum datum eſſe, hoc tamen addito, *vtri heres mallet*, non vt condicionale fieret legatum, ſed vt appareret eam teſtatoris eſſe voluntatem, non vt inter illos

Digitized by Google

portiones viriles conſtituerentur, at potiùs vt fierent duo correi, cùm ſicuti per ſtipulationem, ita per teſtamentum duos correos conſtitui nihil prohibeat vt eadem lex ait: itaque poterit quidem vterque petere ſolidum, adeóque ſtatim, nullo temporis interuallo quantumuis minimo expectato, quia non in pœnam negligentiæ heredis vt in ſuperiore ſpecie, ſed ex verbis teſtamenti ad petitionem legati admittuntur, ſed non ideò tamen ſinguli ſolidum conſequentur, at is demùm qui prior petierit, cùm eius petitione perinde atque acceptilatione tota ſoluatur obligatio, & heres vni dando ab vtroque liberetur. Nam & in duobus correis idem contingeret *l. 2. l. eandem rem 9. l. ex duobus 16. D. de duob. reis l. ſi rem 31. §. 1. D. de nouat. l. ſi per imprudẽtiam 51. §. vlt. D. de euict.* In illa autem ſpecie quam Marcellus tractat *in d. l. ſi quis Titio 17. §. 1.* hoc eſt cùm legatum vni ex libertis ſimpliciter datum nulla electionis facta mentione omnes petunt, neque ſinguli poſſunt petere ſolidum, neque vni ex eis ſolidum ſolui poſtquam cœperunt cæteri poſſe petere: ſed omnes admittuntur in viriles partes, ita vt verum ſit quod lex ait eadem decem omnibus præſtari: quia iuris interpretatio quæ ſola facit vt quod vni datum eſt omnibus præſtandum ſit, multiplicare legatariorum aut fideicommiſſariorum perſonas citra heredis iniuriam poteſt, At multiplicare legata pro numero legatariorum, aut fideicommiſſariorum non poſſet, quin multiplici præſtatione contra teſtatoris voluntatem heres grauaretur. Ius autem cùm ſe interponit vt legatum, aut fideicommiſſum vni relictum pluribus præſtari iubeat, non id agit vt heredem contra vel ſupra teſtatoris voluntatẽ oneret, ſed hoc tantùm vt heredem non patiatur ſeipſum eximere ab obligatione præſtandi legati, vel fideicommiſſi per negligentiam ſuam in eligendo contractam, ne alioqui voluntas teſtatoris intercidat, quam ſeruari ſemper, & vt ſeruetur adiuuari oportet: cæterùm in ea ſpecie quæ ex eodem Marcello tractatur *in d. l. cùm quidam*, ſunt omnia diuerſa. Ibi enim proponebatur fideicommiſſum relictum non vni ex libertis, ſed libertis indefinitè, ac proinde omnibus, cùm dici ſoleat, quod & veriſſimum eſt, indefinitam æquipollere vniuerſali, *l. ſi plures 98. de legat. 3.* Relictum, inquam, additis tamen verbis illis, *quibus voles*, quæ cùm habeant tractum temporis, non patiũtur ſanè illam interpretationem, vt heres ſtatim velle & eligere cogendus ſit, & ni faciat conueniri protinus ab omnibus poſſit, quaſi amiſſo eligendi beneficio, quod ei ſaluum ad diem vſque mortis eſſe teſtator voluit. *d. l. fideicommiſſa 11. §. hoc autem legatum de legat. 3. d. l. ſeruos 20. D. de manum. teſtam. d. l. ſi quis ſtipulatus 112. de verb. oblig. d. l. 1. §. ſi quis adita. l. filij 6. §. 1. D. ad S C. Tertyll.* ſed & illud inter has ſpecies diſſimile eſt quod etſi in vtraque admittuntur liberti omnes ad petitionem fideicommiſſi quod vni tantùm deberi daríque potuerat, ſi heres eligere voluiſſet, Attamen in ſpecie *d. l. ſi quis Titio 17. §. 1.* admittuntur omnes non tam ex verbis teſtamenti quàm ex iuris interpretatione ad conſeruandam voluntatem nec repugnantibus verbis, ideóque nihil vetat eam fieri à iure interpretationem vt ſtatim conſtituere apud ſe heres debeat, cui ex libertis dare velit, alioqui poſſit ſtatim ab omnibus cõueniri, quia non aliter nec melius conſeruari teſtatoris volũtas poteſt, quàm ſi hoc modo puniatur negligentia heredis, qui tardiùs eligere voluit, vt fideicommiſſum nemini interim præſtaret, quod citiùs & ſtatim vni præſtari teſtator iuſſerat. In ſpecie verò *d. l. cùm quidam*, admittuntur omnes liberti ad petitionem fideicommiſſi non ex iuris interpretatione ſed ex verbis ipſis te-

ſtamenti

Digitized by Google

ſtamenti, *rogo reſtituas libertis meis.* Proinde nullus ambigendi locus relinquitur, quin admitti debeant ſecundum formulam verborum. Ergo non ſtatim atque heres negligens fuerit in voluntate ſua declaranda, ſed eo demùm tempore quo non poſſit ille amplius eligere ex teſtatoris ſui voluntate: quod iam diximus non priùs contingere quàm deceſſerit, quia quandiu viuit, ſaluum habet, liberúmque etiam poſtquàm elegerit, iterum eligendi arbitrium propter verba illa extenſiua *quibus voles*, aut, *quos dignos putaueris*, ita vt nec poſſit dici negligens quandiu viuit. Is enim tantùm negligens eſt in eligendo qui tardiùs eligit quàm teſtator voluerit, non qui ſpatio temporis ſibi ad eligendum dato vſus eſt, quamuis citiùs eligere potuerit ſi voluiſſet. In quo facere adhuc non poſſum, quin moneam Triboniani manum & inſcitiam in *d. l. cùm quidam*, aliunde nec obſcurè meo iudicio deprehendi, ex eo nimirũ quod cùm initio legis eam ſpeciem propoſuiſſet, in qua teſtator dixerat, *rogo reſtituas libertis meis, quibus voles*, ſubinde tamen eam variat, cùm *in verſic. Videtur enim*, eam fideicommiſſi formulam quaſi eadem ſit, proponit, *ex libertis cui volueris*, cùm tamen inter has formulas multùm interſit. Hæc enim poſterior non admittit libertos ad petitionem fideicommiſſi ex vi verborum; ſed tantùm per iuris interpretationem, ſiquidem quantum ad verba ipſa heredis electio eſt vt Papin. loquitur, in *d. l. vnum ex familia. §. rogo*, id eſt non alius ad fideicommiſſum per ea verba inuitatus videtur quàm is quem heres elegerit, & ideò ceſſante electione nemo ex figura verborum ad fideicommiſſum admittendus eſſet, omnes tamen admittuntur ſed per interpretationem iuris, ne alioqui, vt toties diximus, in poteſtate ſit heredis facere neminẽ eligendo, vt fideicommiſſum intercidat, ergo non viuo herede, at poſt ipſius duntaxat mortem, quo demum tempore certum eſſe incipit neminem præferri amplius poſſe. *d. §. rogo*, cuius loci rationem qui petunt ex eo, quod teſtator in fideicommiſſo adiecerat verbum *cùm morieris*, errant meo iudicio, cùm iis quoque verbis omiſſis, poſſet nihilominùs peti ex ſequentibus illis, *cui voles.* Quid enim refert an teſtator fideicommiſſum expreſsim contulerit in tempus mortis, an in eam heredis voluntatem quę declarari adeóque mutari quandocunque poſsit ad extremum vſque vitæ ſpiritum? Quod ſi ita eſt, quis non fateatur longè duriorem & abſurdiorem eſſe interpretationem quam ad Marcellum Tribonianus adhibet, ſi dicamus eam Marcelli ſententiam fuiſſe, vt teſtatore ita ſimpliciter locuto, *ex libertis cui volueris*, admittendi ſint omnes ad fideicommiſsi petitionem ſtatim atque ceſſauit vel tantiſper heres in eligendo? Eſt enim longè difficilius vt per iuris interpretationẽ iis ſuccurratur qui ex verbis non veniunt, quàm iis qui pro ſe habent verba teſtamenti, ne vt noſtrorum brocardico vtar, duo ſingularia circa eandem rem & ſpeciem concurrant, ſi eos qui vocati non ſunt ne quidem ſinguli niſi ſub condicione ſiue expreſſa ſiue tacita *ſi eligerentur*, admittamus & nulla facta electione & ſtatim atque ceſſauit heres in voluntate ſua declaranda, cùm ſatis ſupérque iis eſſe debeat, quod ad fideicommiſſum vni duntaxat relictum eligeretur, aut quod idem eſt, ſi eligeretur, omnes tamen admittũtur etiam citra electionem quamuis non niſi eo demum tempore quo certum ſit electionem fieri amplius nullam poſſe, id eſt poſt mortem heredis. Fateor tamen effectu ipſo nihil intereſſe hac parte, an teſtator ita ſcripſerit, *rogo reſtituas libertis meis quibus voles*, an ita, *cui ex libertis meis voles.* Vtroque enim caſu ſi electio nulla per heredem facta ſit, admittuntur omnes liberti

ad petitionem fideicommiſſi, & vtroque caſu non niſi poſt mortem heredis, aliter atque ſi legatum ſit vni ex libertis non addita expreſſim clauſula, quę det electionem, quamuis ea tacitè ſubintelligatur per legis interpretationē, quæ ſicuti nulla requirit verba, ſed ſolam iuris poteſtatem, ita non poteſt videri habere verba vlla extenſiua, quorum poteſtate fieri debeat vt eligendi facultas in diem vſque mortis heredis durare debeat, vt ſuprà diximus. Non ergo debuit Tribonianus eam Marcelli ſententiam quæ extat *in d. l. ſi quis Titio* 17. §. 1. aptare & protrahere ad ſpeciem illam quæ ex eodem Marcello proponitur, *in d. l. cùm quidam*, debuerátque obſeruare non modò diuerſitatem illam formularum, quam hucuſque explicauimus, ſed etiam quod duo illi loci ex diuerſis Marcelli libris ſumpti ſunt. Vnus enim eſt ex libr. 10. Digeſtorum, alius ex decimo quinto vt conſtat ex inſcriptione, *d. l.* 17. *& l. ſi tamen* 25. quæ ſequitur immediatè, *d. l. cùm quidam*, & in qua tamen tractatur eadem ipſa quæſtio, de qua *in d. l. cùm quidam*, ſi quibuſdam ex libertis abſentibus præſentes fideicommiſſum petant quaſi præſenti die datum, quid faciendum ſit. Credibile ſi quidem eſt ex eodem libr. 15. ſumptam eſſe Marcelli ſententiam quæ ex Vlpiano refertur *in d. l. cùm quidam*, nullo citato libro.

ERROR SEXTVS.

De Scæuola ad Marcellum nota in d. l. cùm quidam, 24. De legat. 2.

ALterum quod Tribonianum fefellit meo iudicio illud eſt, quod Marcellum à Scæuola notari & reprehendi vidit, nec tamen Scæuolæ notam benè percepit, inde namque occaſionem ſumpſit reprehendendi, magis ac magis Marcelli, etiam in eo in quo non fuerat à Scæuola reprehenſus. Scripſerat Marcellus, poſt expoſitam ſuam opinionem de libertis omnibus ad fideicommiſſi petitionem admittendis ſi nemo electus eſſet, *planè ſi cæteri defuncti ſunt, ſuperſtiti dandum, vel heredi eius, ſi priùs quàm peteret, deceſſit*, hoc verò eſt quod Scæuola reprehendit, ratione illa, quod ſi omnes petere potuerunt, cur non, inquit, qui deceſſerunt ad heredem tranſmiſerunt? Reprehenſio non eſt mala, ſi Marcelli mentem bene Scæuola intellexit, illud enim extra dubium eſt, legati petitionem quæ defuncto competiit tranſmitti ad heredem, cùm ad cauſam trāſmiſſionis ſufficiat diem legati ceſſiſſe vel fideicommiſſi viuo legatario aut fideicommiſſario, quod ipſum nihil aliud eſt, quàm cœptum fuiſſe deberi legatum, vel fideicommiſſum, *l. 2. 3. 4. & paſſ. D. quand. dies leg. ced. l. cedere diem.* 213. *de verb. ſignif.* Sed vereor ne Marcelli mens longè alia fuerit, quem nemo facilè crediderit ignoraſſe id quod omnes ſciunt: quod enim ſcripſerat, *ſi cæteri defuncti ſunt*, haud dubiè intellexerat de iis qui viuo herede mortui eſſent, ac proinde priuſquàm fideicommiſſi petitio nata eſſet, quam ſuprà oſtendimus naſci non potuiſſe ante mortem heredis propter fideicom-

Digitized by Google

miſsi verba extenſiua, quæ ſaluum eligendi arbitrium in ea ſpecie dabant heredi quoad viueret, de iis in ſumma qui defuncti eſſent non ſolùm antequàm fideicommiſſum peterent, ſed etiam priùs quàm fideicommiſſum petere poſſent. Et contrà, quod dixerat Marcellus *ſuperſtiti dandum*, non de alio poterat accipi, quàm de eo, qui heredi grauato ſuperuixiſſet, ſuperſtitem enim opponebat, non cæteris collibertis prædefunctis, ſed heredi, qui cùm eligere viuus debuiſſet, nulla tamen facta electione deceſſerat. Eodem planè ſenſu quo Papinianus ſcripſit *in l. cùm pater* 77. *§. hereditatem filius eod. de legat.* 2. Cùm quis hereditatem filiis ſuis vel cui ex his voluerit, reſtituere rogatus eſt, condicionem fideicommiſsi ante mortem filij eiuſdémque heredis non exiſtere, ideóque viriles partes inter illos fieri qui eo tempore vixerint quo filius mortuus eſt, cùm de aliis eligendi facultas, inquit, non fuerit, quæ ratio eadem facit, vt ſi vnus tantùm ſuperſtes fuerit, ei ſoli dandum ſit fideicommiſſum, non cæteris quia defuncti ſunt, nec eorum heredibus, quia non potuerunt fideicommiſſum condicionale tranſmittere, ij qui ante condicionis euentum deceſſerunt: quod tamen tranſmittit ſuperſtes ſi priuſquàm peteret, deceſſerit, quia petere potuit antè quàm moreretur, cùm ſuperuixerit heredi per cuius mortem extitit condicio fideicommiſsi vt conſequenter dubitari non poſsit quin dies ceſſerit eo viuo, vnde apparet euidenter qua ratione motus Marcellus aliud iuris conſtituerit in herede ſuperſtitis quàm in heredibus prædefunctorum. Nempe quia de iis prædefunctis tractabat qui priùs deceſsiſſent non ſolùm quàm fideicommiſſum peterent, ſed etiam quàm petere poſſent, de eo autem ſuperſtite qui deceſsiſſet priuſquàm peteret, at non priùs quàm petere poſſet, Scæuola verò vt Marcellum reprehenderet, more illis familiari qui ad alium notas ſcripſerunt, quos nimio reprehendendi deſiderio teneri vt plurimùm ſolere compertum eſt, ſic Marcellum accepit quaſi ſenſerit, defunctis vno excepto libertis omnibus poſt diem fideicommiſsi cedentem ſoli ſuperſtiti dandum fideicommiſſum aut eius heredi ſi priuſquàm peteret ille deceſsit, non etiam heredibus cæterorum, qui etiam cùm viuerent, petere potuiſſent. Sic enim acceptum fuiſſe Marcellum à Scæuola conſtat ex ratione illa reprehenſionis, *Si omnes petere potuerunt, cur non qui deceſſerunt ad heredem tranſmiſerunt?* Et ſanè ſi Marcellus ita ſenſiſſet, quomodo eum interpretatus eſt Tribonianus, vt ſtatim atque heres fideicommiſſo grauatus moram vel minimam in eligendo contraxiſſet admittendos eſſe omnes ad petitionem fideicommiſsi, vix fieri poſſet, vt non potuerint prædefuncti colliberti fideicommiſſum petere ante mortem ſuam, niſi poneres viuo adhuc teſtatore aut ſaltem ante aditam ab herede hereditatem deceſsiſſe: quo tamen caſu non eſſet tractandum de tranſmiſsione fideicommiſsi quod in cauſa caduci vel caducum factum eſſet. Et tamen negari non poteſt, quin Marcellus de iis ſenſerit qui deceſſerint non modò poſt teſtatorem verùm etiam poſt aditam ab herede ipſius hereditatem, ſed viuo tamen herede, atque ita ante cedentem ex condicionis euentu diem fideicommiſsi:neq; vllam reprehenſionis occaſionẽ vel maleuolo cuiquã Marcellus reliquiſſet ſi ad illa verba, *planè ſi cæteri defuncti ſunt*, adieciſſet

Digitized by Google

viuo herede,quomodo certè intellexit. At quia nõ dixit,noluit quiſquis Marcellum reprehendit hoc ſupplere, vt reprehendendi anſam retineret. Sic enim loquor , quia non facilè poſſum mihi perſuadere in mentem Scæuolæ vnquam venire potuiſſe vt tam libenter nullóque colore tantum Iureconſultum quantus Marcellus fuit, notaret, cuius ſententiam iuſta interpretatione adiuuare & excuſare potiùs debuiſſet. Vereórque ne ſit etiam hæc nota Triboniani, quem video adieciſſe de ſuo verba illa, *cùm nulli offertur*, quæ non potuit addere Scęuola quin eam inſcitiæ & cauillationis culpam in ſe conijceret quam nos Triboniano adſcribimus. Nec enim Marcellus ſcripſerat poſſe omnes fideicommiſſum petere cùm nulli offertur, ab herede viuo, ſed poſſe omnes fideicommiſſum petere ſi heres neminem elegerit, quod perinde erat acſi ſcripſiſſet poſſe omnes fideicommiſſum petere poſt mortem heredis, qui ſcilicet quandiu vixit, eligere potuit, ac proinde quem dici non poteſt abſolutè, neminem elegiſſe priuſquàm deceſſerit, quamquam autem liceret de Scæuola tam malè ſuſpicari vt Marcellum temerè ac ſine cauſa reprehendere voluiſſet, quaſi Marcellus negaſſet tranſmiſſam eſſe petitionem fideicommiſsi ab iis, qui poſt mortē heredis ceſſante electione deceſsiſſent ante petitum fideicommiſſum, non ideò tamen fatebor aut Marcellum aut Scæuolam in ea fuiſſe hæreſi vt crederet in propoſita ſpecie natam fuiſſe pro omnibus petitionem fideicommiſsi iam inde à quo tempore viuus heres moram in eligendo contraxiſſet, tantum abeſt vt mihi perſuadeam vtrumq; in tam abſurda ſententia cum Triboniano conſenſiſſe, aut Vlpianum eodem ſenſu ſiue Marcelli, ſiue Scæuolæ ſententiam accepiſſe. Neque rurſum contextus ille verborum ſapit elegantiam Vlpiani, præſertim verò illo in loco, *Cùm igitur omnibus competat, merito notatus eſt, &c.* Eſt enim totum id longè dignius elegantia Triboniani, maximè ſi iungas cætera quæ nos in præcedentibus obſeruauimus.

ERROR SEPTIMVS.

De fideicommiſſo familiæ relicto ad §. in fideicommiſſo l. omnia 32. aliàs l. cùm ita de leg. 2.

CVM familiæ relictum eſt fideicommiſſum in qua ſint plures agnatorum aut etiam liberorum gradus , ſi quæratur quis ad fideicommiſsi petitionem admitti debeat, & quo ordine fatentur omnes id ſeruandum eſſe quod Modeſtinus reſpondit, *in l. omnia 32. aliàs l. cùm ita §. in fideicommiſſo de legat. 2.* Admitti quidem eos ſolos qui ſunt ex agnatione teſtatoris , & de nomine ipſius non etiam cognatos qui per fœminam coniuncti ſunt, quos conſtat familiæ appellatione non contineri *l. familiæ. De verb. ſignific.* niſi communis vſus loquendi eo in loco in quo teſtamentum conditum eſt, diuerſam interpretationem ſuadeat vt Bart. tractat *ad d. §. in fideicommiſſo. num.* 4. vbi addit & rectè, nihil ad rem facere quòd Iuſtinianus cognatos agnatis exæquauerit quantum ad cauſam ſucceſsionis inteſtati, *Nouell.* 118. *de hered. ab inteſt. venient.* nec enim conſtitutione illa factum eſt, fierive potuit, vt cognati facti ſint agnati aut contrà, quæ nimis fœda eſſet verborum rerúmque confuſio, vt eiuſdem Iuſtiniani verbis vtar, *in l. vlt. C. de legit. tutel.* Sed inter eos qui ſunt ex fa-

Digitized by Google

ex familia quis admitti debeat & quo demũ ordine nõ ita conſtat. Modeſtinus ſanè primo loco eos vocari ait, qui nominati ſunt à teſtatore, nimirum cuiuſcumque gradus ſint etiamſi remotioris vt rectè Caſtrẽſis interpretatur, quod nonnulli cum Accurſio ſic accipiunt, vt ſi teſtator ita ſcripſerit, *Fundum Cornelianum familiæ meæ dari volo ſcilicet Petro & Ioanni*, Petrus & Ioannes cæteris omnibus qui ex familia ſunt præferantur, iis verò deficientibus & extinctis cæteri de familia admittantur. Alij verò, ac multò meliùs cum Bartolo, ſi teſtator ita dixerit, *Fundum Cornelianum familiæ meæ dari volo, & Petro, & Ioanni*. Copula enim, *&*, auget non reſtringit, *l. ea tamen, 46. de legat. 3.* cùm è contrario articulus, *ſcilicet*, reſtringat, faciátque vt Petrus & Ioannes taxationis potiùs quàm ampliationis gratia nominati videantur, ac proinde vt alij quàm ipſi ad huiuſmodi fideicommiſſum admitti non poſsint, ne quidem poſt ipſos, *l. legata ſupellectili. 9. §. 1. D. de ſupell. legat.* At poſt eos qui nominati ſunt, quamuis placeat Modeſtino admitti eos debere qui ex nomine defuncti fuerunt eo tempore quo is moriebatur, dubitant tamen noſtri an ita id intelligi debeat, vt priores admittantur illi qui ſunt ex eodem ordine, & gradu nominatorum, an verò illi qui ſunt ex alio gradu dummodò proximiore. Nam ſi ſint ex alio gradu remotiore conſtat inter omnes non poſſe illos cũ proximioribus concurrere, cùm vt quiſque proximior eſt, ita & prior in dubio ac cæteris paribus ad fideicommiſſum inuitatus videatur, vt ſcriptum eſt *in d. §. in fideicommiſſo*, & à Papiniano, *in l. peto, 69. §. fratre eod. tit.* Frequentior tamen & verior noſtrorum ſententia eſt, non tam eum gradum ſpectandum eſſe, in quo ſunt qui ſoli nominati proponuntur, quàm eũ qui ſit proximior teſtatori. Nam vt Bartolus benè obſeruat, non ita ſcribit Modeſtinus, vt dicat poſt extinctos omnes eos, qui nominati fuerant, admitti eos qui ex eo ordine fuerint, ſed qui ex nomine defuncti, & ex his ipſis illos qui primo gradu procreati ſunt. Nominatio enim certæ perſonæ demonſtrat dilectam fuiſſe à teſtatore perſonam illam, non gradum in quo eſt perſona. Sunt ergo priore loco admittendi proximiores. Sed hîc rurſum hæſitatur, an proximiores intelligi debeant illi qui proximiores ſunt teſtatori, an verò qui heredi. Sic enim Modeſtinus locutus eſt, & adeò ambiguè vt quid ſenſerit, nõ facilè ſciri poſsit, *aut poſt omnes eos extinctos, qui ex nomine defuncti fuerunt eo tempore quo teſtator moreretur, & qui ex his primo gradu procreati ſint.* Nec deſunt magni plerique viri qui moti ex illis verbis, *& qui ex his*, pro iis reſpondeant, qui proximiores ſunt heredi. Nam quemadmodum prior pars clauſulæ non de aliis loquitur, quàm qui fuerint ex nomine defuncti, tempore mortis inſpecto, ita poſterior non ad alios pertinere videtur, quàm qui procreati ſint ex iis qui ex defuncti nomine fuerunt, ac proinde qui ipſis prioribus fideicommiſſariis proximiores ſunt non qui teſtatori. Quam ſententiam præcipua inter cæteros contentione defendit Bartholom. Socin. *ad l. heredes mei 57. §. cùm ita D. ad SC. Trebell. & conſ. 249. 253. & 86. vol. 3. conſ. 73. volum. 4.* & alij tam multi poſt eum, vt quamuis à contraria parte ſtet Bartolus, Baldus, & frequentior veterum interpretum ſchola, hodie tamen vix ſciri poſsit, quænam ſit magis communis, ſi autorum qui in vtramque partem adferri ſolent capita numerentur: quæ numerat exactè Antonin. Teſſaur. *deciſ. Pedem. 64.* Mihi tamen contraria opinio quæ vt diximus fuit iam olim Bartoli, *ad l. ſi cognatis num. 2. de reb. dub.* & antiquiorum, non ſolùm probabilior eſſe ſemper viſa eſt, ſed extra omnem omnino dubitationem, ſi Modeſtino credimus, *in*

Digitized by Google

d. §. in fideicommiſſo, vbi quod ait, *& qui ex his primo gradu procreati ſunt*, non alium ſenſum habet, quàm ſi ſcriptum eſſet, *& ex his qui ex nomine defuncti fuerunt eo tempore quo moriebatur quos paullò ante dictum eſt admitti debere ad petitionem fideicommiſſi poſt extinctos omnes nominatos, illi præferendi ſunt qui primo gradu procreati ſunt*, relatione ſcilicet ſemper facta ad nomen & familiam teſtatoris, & ad perſonam ipſius, non ad perſonam heredis aut prioris fideicommiſſarij. Nam cùm ſcripſiſſet Modeſtinus poſt extinctos omnes nominatos, admitti eos debere qui ex nomine defuncti fuerint cùm is moreretur, & dubitari probabiliter poſſet, an ſic ſenſiſſet vt omnes omnino agnati ad teſtatoris nomen & familiam pertinentes ſimul admittendi eſſent, an verò ſucceſſiuè ita vt alij aliis præferrentur, neceſſe erat Modeſtinum ea verba addere, *& qui ex his primo gradu procreati ſunt*, vt quiuis intelligerat ſeruandã eſſe hoc caſu inter vocatos graduum prærogatiuam, & proximiores teſtatoris remotioribus præferendos. De quo nec quiſquam vt opinor dubitaret ſi paullò clariùs Modeſtinus ſcripſiſſet, *& ex his illos qui primo gradu procreati ſunt*. Quid autem intereſſe poteſt apud bonos & intelligentes Iureconſultos an ita ſcriptum ſit, *& qui ex his*, an ita potiùs, *& ex his qui*, ſic *& in l. Titia Seia* 87. *§. Seia libertis*, ibi, *quive ex his tunc ſuperuiuent*. Præſertim cùm & præcedentia verba eſſent aperta de admittendis iis ſolis qui de nomine ac familia defuncti fuiſſent mortis tempore, & ratio iuris eſſet manifeſtiſsima pro iis qui teſtatori ipſi proximiores eſſent, non etiam pro iis qui heredi, quandoquidẽ per fideicommiſſum non heredi ſucceditur, ſed teſtatori: *l. coheredi* 41. *§. cùm filiæ de vulg. & pupill. ſubſt. l. ſequens quæſtio* 68. *de leg.* 2. *l.* 1. 2. *& paſſ. D. ad SC. Trebell.* Qua de cauſa non inſubtiliter quidam hac in re diſtinxerunt vulgarem & fideicommiſſariam ſubſtitutionem à pupillari, vt in pupillari ſpectandum ſit quis proximior fuerit non patri qui pro filio teſtatus proponitur, ſed filio qui ipſe teſtator eſſe intelligitur. Secundum ea quæ ſcripſimus in Codice Fabriano, *Defin.* 6. *de verb. ſignific.* Ac longè meliùs quàm qui vulgarem & pupillarem à fideicommiſſaria ſepararunt, quos refert refellitque Teſſaur. *dict. deciſ.* 64. *num.* 4. Denique vt ſubtiliter iam olim Raph. Cuman. dicebat dictio, *&*, in ſupradictis illis Modeſtini verbis, *& qui ex his*, non ad copulationem addita eſt, ſed ad declarationem præcedentium verborum.

ERROR OCTAVVS.

De nomine familiæ an per ſe inducat multiplicationem fideicommiſſorum.

VIDETVR autem hæc interpretum noſtrorum diſſenſio, & eorum error qui pro grauati proximioribus reſponderunt, ex eo deſcẽdiſſe, quod omnes ſupponunt & pro vero habent, in ſpecie illa Modeſtini de fideicommiſſo familiæ relicto ita ius eſſe, vt fideicommiſſum etiam quod prioribus acquiſitum ſit, tranſire nihilominùs debeat ad poſteriorum graduum agnatos quaſi pluribus fideicommiſſi gradibus conſtitutis, in caſum non modò vulgarem, ſed etiam fideicommiſsi, vt reale ſit fideicommiſſum & perpetuum quandiu aliquis ex familia ſupererit. Sic enim vulgo noſtri *ad d. §. in fideicom-*

Digitized by Google

deicommiſſo,ſed omnium apertiſsimè Caſtrenſis, dicens tenendum hoc eſſe menti, quia verbum familiæ,inquit,hoc importat vt fideicommiſſum veniat de vno in alium, nec meliore at ne quidem alia ratione vnquam moti ſunt qui tam pertinaciter & inſulsè pro grauati proximioribus reſponderunt, quàm quòd poſteaquàm bona iam ſemel acquiſita ſunt grauato, cùm is qui poſt grauatum ſuccedit, non niſi mediatè ſuccedat teſtatori, æquum ſit illum qui proximior ſit grauato præferri ei qui teſtatori proximior fuit. Ita enim Alciat. *in l. pronunciatio §. familiæ de verbor. ſignificat.* Atqui hoc falſum eſt, quod putant, omnes eos qui ſunt de familia ſic vocari ad fideicommiſſum familiæ relictum vt bona fideicommiſſo ſubiecta poſsint & debeant de vno ad alium,vt Caſtrenſis loquitur, deuenire. Fateor quidem admitti eos gradatim, vt ſcriptum eſt *in l. vlt. C. de verb. ſignific.* id eſt de gradu in gradum, vt quiſque quo prior eſt in gradu eo prius debeat admitti ad fideicommiſſum, ſed dico ita hoc accipi debere vt fideicommiſſum omnibus qui ex familia ſunt gradatim deferatur in caſum vulgarem dũtaxat,id eſt ita demùm ſi is qui prior vocatus eſt,ſuccedere tamen nolit, aut aliqua de cauſa non poſsit,non etiam in caſum fideicommiſsi, hoc eſt ita vt qui ex fideicõmiſſo iam ſucceſsit poſtmodũ ex alio fideicõmiſſo eadẽ bona ſequentis gradus agnato reſtituere teneatur. Quam in ſententiam à nobis iã multos ante annos propoſitam *libr.* 14. *Coniectur. cap.* 14. mouent me verba ipſa tam Modeſtini *in d. §. in fideicommiſſo*, quàm Iuſtiniani *in d. l. vlt.* Modeſtinus enim poſtquàm dixit in fideicommiſſo quod familiæ relinquitur hos ad petitionem eius admitti poſſe qui nominati ſunt, non ſubiicit quomodo ſubiicere debuerat ſi idem ſenſiſſet,quod interpretes, *& poſt omnes eos extinctos, qui ex nomine defuncti fuerint eo tempore quo teſtator moreretur*,ſed ſcripſit, *aut poſt omnes eos extinctos,* per articulum diſiunctiuũ, *aut*,cuius proprium eſt,non ſolùm vt ſeparet atque ordinem ſucceſſionis demonſtret, impediendo concurſum qui alioquin per copulam, *&*, ſi aliud nihil obſtaret induceretur,ſed etiam vt vulgarem caſum exprimat, acſi pluribus ſcriptum eſſet, *aut ſi ij qui nominati fuerint ſuccedere nolent aut non poterunt, quia fortè iam ſint prædefuncti, vt in d. l. Titia Seio* 87. *§. Seia libertis,* in illis verbis, *quíve ex his tunc ſuperuiuent eod. tit. de legat.* 2. *l. Lucius* 78. *§.* 1. ibi, *vel ſi vnus, ei omnem, D. ad S C. Trebell.* Certum enim eſt in fideicommiſsis vt & in legatis & in hereditatibus poſſe vulgarem fieri ſubſtitutionem, *l. vlt eod. Scæuola* 76. *d. l. Lucius. §. pater puerum eod. l. vt heredibus* 50. *de legat.* 2. Senſit ergo Modeſtinus, non quod volunt interpretes ad fideicommiſſum familiæ relictum poſſe ordine ſucceſsiuo admitti omnes qui ex familia ſunt in caſum fideicommiſſarium, ſed è contrario vocatos quidem omnes, & quidem ordine ſucceſsiuo, ſed ita tamen vt numquam omnes ad fideicommiſſum admittantur, non ſolùm ſimul, at ne quidem ordine ſucceſsiuo. Si enim vel vnus admiſſus ſit, hoc ipſo protinus excludi cæteros, & ita excludi vt in perpetuum remaneant excluſi: qui verus caſus eſt vulgaris ſubſtitutionis, quam ſolemus dicere per aditionem hereditatis ſi de hereditate agatur, vel per acquiſitionem legati aut fideicommiſsi expirare ſi de legato, aut de fideicommiſſo tractetur: *vulg. leg. poſt aditam* 5. *C. de impub. & aliis ſubſtit.* Nec rurſum ita loquitur Modeſtinus,vt dicat priore loco admitti eos qui priore gradu ſunt, poſteriore verò eos qui ſunt remotio-

Digitized by Google

res,& vlteriores,ſed ſimpliciter admitti eos, qui priore gradu ſunt, niſi ſpecialiter defunctus ad vlteriores voluntatem ſuam extenderit,vt intelligamus vel hos,vel illos tantùm admitti,numquam verò & hos & illos, ſiue ſimul, ſiue diuerſis temporibus. Et verò pone ita ex facto incidiſſe, vt ſpecialiter extenderit defunctus voluntatem ſuam ad vlteriores,vt ſcilicet ij priore gradu admittantur, & ex ea voluntate agnatos vlteriores ſolos totum fideicommiſſum obtinuiſſe,poſtea tandem ſine liberis eos deceſſiſſe, quis credat ita interpretandum eſſe fideicommiſſum,vt poſt extinctos illos remotiores qui iam ſucceſſerint,admittantur iterum ex poſteriore loco proximiores? An nõ fuerit perabſurdum remotiores quos teſtator magis dilexerit quàm proximiores, intelligi tamen grauatos fauore proximiorum minùs dilectorum? Hoc verò ſi ita eſt,nónne illud quoque fuerit adhuc abſurdius,vt proximiores qui in dubio priùs inuitati eſſe videntur,tanquam prædilecti, cenſeantur etiam grauati de eodem fideicommiſſo poſt mortem ſuam vlterioribus reddendo? Vnde verò tanta hæc obſecro fideicommiſſorum multiplicatio, cùm duntaxat vnum fideicommiſſum ſit,quod teſtator familiæ ſuæ reliquit, ídque non niſi verbo vno? Finge teſtatorem, qui filio aut fratre herede inſtituto fideicommiſſum familiæ reliquit poſt heredis inſtituti mortem, præſtandum,ea fuiſſe mente vt non niſi vnicum eſſet fideicommiſſum, & ei ſoli præſtandum qui proximior fuiſſet tempore mortis, & capax acquirendi fideicommiſsi tempore condicionis euenientis. An fortè dicemus hunc qui de vno tantùm fideicommiſſo inducendo cogitauerit, multa tamen feciſſe ob hoc ſolum,quòd non Titio,aut Sempronio, ſed toti familiæ fideicommiſſum reliquerit? Atqui in fideicommiſſo familiæ relicto prudentius conſilium teſtantis animaduertitur,qui cùm proſpiceret fieri poſſe,vt alius proximior ſibi eſſet tempore mortis,quàm qui erat tempore teſtamenti, & præterea,vt illi ipſi qui mortis tempore proximiores inuenirentur, viuo tamen herede grauato,& antè condicionis euentum decederent, maluit fideicommiſſum familiæ relinquere,ne tam citò caducum fieret,aut in caduci cauſam deuolueretur, quando eſſet multò difficilius vt poſt grauati mortem nemo ex familia ſupereſſet,quàm vt Titius aut Sempronius aut alius cui nominatim fideicommiſſum datum fuiſſet,mortuus reperiretur. Non ergo ſufficiës ratio illa eſt ad multiplicanda fideicommiſſa cùm familiæ vnum duntaxat fideicommiſſum relictum fuit,quod familiæ nomine vſus ſit teſtator qui alio vti non potuit æquè tutò, nec æquè commodè ad voluntatis ſuæ ſcopum aſſequendum.

ERROR NONVS.

De fideicommiſſo graduali & reciproco quod ex familiæ nomine interpretes inducunt.

ET in hoc primùm errauit Caſtrenſis,ac poſt eum cæteri ex quibus paucos reperias, qui fuerint eo ſubtiliores: quod omnes putant familiæ nomen hoc importare vt inter omnes qui ex familia ſunt fideicommiſſum inducatur non modò graduale, ſed etiam reciprocum, nempe vt arbitror quia vident nominis huius ſignificationem habere per ſe tractum aliquem & extenſionem: ſed nõ obſer-

obſeruant, quod obſeruare debuerunt tractum illum non eſſe temporis, ſed graduũ, nec quicquã vetare quominus fideicõmiſſum plures gradus habeat vocatorum, & tamen conquieſcat in primo gradu eorum qui admiſſi ſint, nec exinde ad vlteriores gradus porrigatur. Aliud enim eſt de vocatione loqui, aliud de admiſſione: vocari poſſunt plures gradus aut ſimul aut ſucceſſiuè & gradatim prout teſtator voluerit, ſed ita tamen, vt vnus tantùm gradus admiſſus cæteris omnibus obſtet, ne admitti vnquam poſſint: quo caſu plures erunt quos vocatos, at non plures quos admiſſos poſſis dicere. Fefellerunt etiam Caſtrenſem verba illa quæ ſunt apud Modeſtinum, *poſt omnes eos extinctos*, quæ apparet habere tractum temporis, & eam omnino ſignificationem vt alij poſt alios admittantur. At illud etiam obſeruandum fuit quod apertiſſimum eſt, non eſſe verba illa teſtatoris, ſed Iureconſulti, cùm autem dicimus poſt interpretes verba tractum temporis habentia importare fideicommiſſum, de iis verbis intelligimus, quæ prolata ſint à teſtatore, aut in teſtamento ſcripta. Nec enim ſolent Iureconſulti fideicommiſſa inducere quæ teſtator ipſe non induxit: neque rurſus de eo diſputamus, an fideicommiſſum aliquod ſit, quod familiæ expreſſim relictum ponimus, ſed an plura ſint fideicommiſſa, cùm teſtator vnum fideicommiſſum familiæ reliquit. Quid autem prohibet ex verbis teſtatoris tractum temporis habentibus fideicommiſſum vnum induci, at non etiam plura? Sed & illud obſeruare Caſtrenſis debuerat, ante ſupradicta verba, *poſt omnes eos extinctos*, præcedere diſiunctiuã illam, *aut*, cuius vim eam eſſe ſuprà diximus, vt caſum vulgarem non fideicommiſſarium præ ſe ferat. Caſus enim fideicommiſſi præſupponit acquiſitionem in perſona grauati cùm rogari nemo poſſit de reſtituendo niſi eo quod ad ipſum peruenerit, capacitatem verò acquiſitionis in perſona inuitati, vt ita fideicommiſſum in vtriuſque perſona locum habeat. Contra verò articulus diſiunctiuus poſitus inter multorum perſonas ad fideicommiſſum vocatas non niſi alterutram admittit, quæ admiſſa ſtatim aliam excludit, & excluſa aliam admittit, quæ natura & condicio eſt vulgaris ſubſtitutionis. Ideò autem coactus fuit Modeſtinus vti verbis illis tractum temporis habentibus, *poſt omnes eos extinctos*, non vt iſtam fideicommiſſorũ multiplicationem induceret quam interpretes tam facilè inuexerunt, ſed quia tractabat de fideicommiſſo familiæ relicto, quod vix eſt vt vnquam relinquatur, niſi ea lege vt poſt grauati mortem præſtetur, quia nec alij præſtandum iniungitur, quàm qui ipſe ſit ex familia, adeóque præ omnibus cæteris dilectus, eámque nimirum ob cauſam prior vocatus. Quis verò purè grauet de reſtituendis familiæ bonis, eum, quem ipſe ex familia elegerit vt prior bona in familia poſſideret? An non ſatius & expeditius eſſet bona illa familiæ directò, ſiue per heredis inſtitutionem, ſiue per legatum dare, quàm fideicommiſſi viam in eam rem eligere? Porrò cùm fideicommiſſum, quod poſt mortem præſtandum iniungitur, in diem incertum relinquatur, & conſequenter ſub condicione, quia in teſtamentis dies incertus pro condicione habetur *vulg. l. dies incertus* 71. *De condic. & demonſtr.* certum eſt non alios poſſe ex eiuſmodi fideicommiſſo ſuccedere, quàm qui condicionis euenientis tempore ſuperſtites & capaces inueniantur, cùm neque ij qui prædefuncti ſunt ad fideicommiſſum admitti poſſint, neq; ipſorum ſucceſſores in quos ſcilicet fideicõmiſſum condicionale tranſmitti nõ potuit *l. is cui* 42. *D. de obligat. & action. l. Statius Florus* 48. *§. Cornelio Felici D. de iur. fiſc.* Ergo

Digitized by Google

quia fieri poterat vt fideicommiſſo relicto familiæ & quibuſdam ex familia ſpecialiter nominatis, omnes illi qui nominati eſſent morerentur ante heredem grauatum de reſtituenda poſt mortem ſuam hereditate, quos tamen ſi ſuperuixiſſent voluerat teſtator præferri cæteris, neceſſe fuit Modeſtinum qui nominatos illos priore loco admittendos eſſe dixerat, ſubiicere verba illa, *aut poſt omnes eos extinctos*, vt ſciretur quinam poſſent ex fideicommiſſo ſuccedere ſi nominatim vocatos præmortuos eſſe contigiſſet. Fuit etiam neceſſe vti eum verbis habentibus tractum temporis, vt totum illud tempus comprehenderet, quòd à die mortis teſtatoris in diem vſque mortis grauati interceſſiſſet, ante diem fideicommiſſi cedentem, non etiam vt ſequens tempus includeret quod ex die agniti & acquiſiti fideicommiſſi ſubſecutum eſſet. Denique vt dicam apertius, docet Modeſtinus, quis ad huiuſmodi fideicommiſſum admitti debeat poſt extinctos omnes qui fuerant nominati: ſed non ponit nominatos extinctos fuiſſe poſt agnitum iam & acquiſitum fideicommiſſum: imò antequàm potuerit iis acquiri, hoc eſt ante condicionis euentum, & viuo adhuc herede qui fuerat rogatus. Proinde in caſum vulgarem duntaxat, non item in caſum fideicommiſſi.

ERROR DECIMVS.

De ſententia l. vlt. C. de verb. ſignific. & l. peto 69. §. fratre de legat. 2.

NEc alius Iuſtiniani ſenſus fuit in *dict. l. vlt. C. de verb. ſignific.* vbi tractans ſimiliter de fideicommiſſo familiæ relicto conſtituit, vt ſi quis ſuo elogio fideicommiſſum familiæ ſuæ reliquerit, nulla ſpeciali adiectione ſuper quibuſdã certis perſonis facta, non ſolùm propinqui, ſed etiã his deficientibus gener & nurus admittantur. Quid enim aliud ſibi volunt verba illa, *his deficientibus*, niſi quod volumus, *ſi propinqui nulli ſint*, eo ſcilicet tempore quo fideicommiſſi dies cedit, & fideicommiſſum deberi incipit. Nam & Papinianus noſter in hunc ipſum ſenſum ſcripſit, *in d. l. heredes mei 57. §. vlt. Deficiente verò gradu nepotum*, cùm vellet eum caſum exprimere, quo nepotes quibus fideicommiſſum datum erat, & cui ex iis heres mallet, omnes viuo herede grauato, & ante non poſt agnitum fideicommiſſum deceſſiſſent. Nam & in illius §. ſpecie quæ ad noſtram ſatis accedit, vni cum erat datum fideicommiſſum, ſed pluribus tamen adeóque diuerſorum graduum perſonis, & per verba euidenter vulgarem duntaxat caſum demonſtrantia vi diſiunctionis ſæpius repetitæ, cùm teſtator ita ſcripſiſſet, *Reſtituas filiis meis, vel vni eorum vel nepotibus meis, vel cui volueris, vel cognatis meis.* Quomodo & in alia ſpecie ab eodem Papiniano tractata in *l. cum pater 77. §. penult. de legat. 2.* fideicommiſſum prædiorum pluribus quidem relictum proponebatur, ſed ita tamen vt vnũ duntaxat eſſet, ad quod plures vocati erant, & ex ordine alij poſt alios, at non niſi in caſum vulgarem. Ita enim teſtatrix ſcripſerat, *A te peto, marite, ſi quid liberorum habueris, illis prædia relinquas, vel ſi non habueris tuis ſiue meis propinquis aut etiam libertis noſtris*: quibus verbis ait Papinianus non electionem datam eſſe, ſed ordinem ſcripturæ ſubſti-

Digitized by Google

ſubſtitutioni factum proponi, an vt ſi liberi ex fideicommiſſo ſuccederent idem fideicommiſſum propinquis reddere deberent, ſubinde verò propinqui libertis? Minimè, ſed vt ſi liberi non eſſent, eo tempore quo maritus moreretur, fideicommiſſum præſtaret ille propinquis, ſi nec propinqui eſſent, idipſum præſtaret libertis. Ergo in caſum vulgarem non in caſum fideicommiſſi: nam & ſubſtitutionem ſimpliciter cùm dicunt Iureconſulti vulgarem non fideicommiſſariam intelligunt *l. tutores 39. §. heres D. de admin. tutor. l. Scæuola 76. in fin. d. l. Lucius 78. §. pater puerum D. ad SC. Trebell. l. 1. & paſſ. De vulg. & pupill. ſubſtit.* Quidni ergo pariter dicemus, fideicommiſſum relictum familiæ pluribus quidem non modò perſonis ſed etiam gradibus relictum eſſe gradatim & ex ordine, ſed ita tamē vt non tam fideicommiſſorum pluralitas inducatur, quàm vnius fideicommiſſi plures caſus vulgares, pluréſque condiciones pro perſonarum pluralitate conſtituantur, Nihílque prorſus interſit an teſtator ita ſcripſerit *Bona mea familiæ meæ relinquo*, an ita *Relinquo bona mea liberis meis, aut ſi non erunt, nepotibus meis, aut fratribus meis aut patruelibus, aut genero, aut nurui, aut libertis meis.* Qui enim relinquit familiæ, idem prorſus ſentit quod ſentiret qui poſteriore formula vſus eſſet, niſi quod ſolo familiæ nomine vſurpato, & breuiùs loquitur, & plures nihilominùs perſonas comprehēdit. Eum verò Papiniani ſenſum eſſe quem dicimus *in d. l. heredes mei §. vlt.* cùm ſcripſit *Deficiente gradu nepotum*, vt perinde ſit acſi ſcripſiſſet *Præmortuis ante grauatum heredem nepotibus* conſtat ſatis ex eo quod præcedit, non rectè mulierem electuram ex cæteris cognatis ſi nepotes ſupereſſent. Opponit enim Papinianus hæc duo *Nepotes ſupereſſe*, & *Deficere gradum nepotum*, vt intelligamus tùm deficere gradum nepotum cùm nulli ſuperſunt nepotes. At quo tempore? Eo nimirum quo tractandum eſt de electione per heredem grauatum facienda. Ergo adhuc viua herede, quæ fideicommiſſo fuerat onerata, & antequàm fideicommiſſum nepotibus acquiſitum eſſe potuiſſet. Et tamen ſubiungit ibidem Papinianus fideicommiſſi gradus in ea ſpecie fuiſſe à teſtatore præſcriptos: id eſt ita relictum fuiſſe hoc fideicommiſſum vt qui ſunt vocati non niſi gradatim & ex ordine, ac alii poſt alios pro graduum diſtinctione vocati intelligantur. Non ſunt igitur iſta contraria, Vocari plures gradatim ad fideicommiſſum, Nec tamen vocari in caſum fideicommiſſi, ſed in vulgarem ſolum. Atque ita Iuſtinianum quoque ſenſiſſe *in d. l. vlt. C. de verb. ſignific.* præter id quod iam oſtendimus ex illis verbis *his deficientibus* manifeſtius etiam fit ex ratione quam ſubiungit cur ad fideicommiſſum quod familiæ relictum eſt, etiam generum & nurum admitti velit. *Eos enim nobis*, inquit, *humanum eſſe videtur ad fideicommiſſum vocari, Ita videlicet ſi matrimonium morte filij vel filiæ fuerit diſſolutum: Nullo etenim modo poſſunt gener vel nurus filijs viuentibus ad tale fideicommiſſum vocari cùm hi procul dubio eos antecedant.* Nam quid impediret, obſecro, quominùs admitti poſſent gener & nurus, etiam poſteaquàm filius vel filia ſuperſtites admiſſi fuiſſent, ſi per multorum perſonas & manus fideicommiſſum hoc ambulare poſſet? Atqui vult Iuſtinianus iſtos nullomodo admitti poſſe, id eſt nullo caſu, nullóque tempore ſi modò filius aut filia priores admiſſi proponantur, id eſt ne quidem poſt filij vel filiæ mortem: non ergo exiſtimat fideicommiſſum hoc eſſe reciprocum ita vt de vno ad alium debeat peruenire. Idémque videtur mihi poſſe non malè probari ex eo quod ſubiicitur in *dicta l. vltim. poſt hos omnes, etiam libertos venire.* Quis

Digitized by Google

enim ferat vſque adeò faueri libertis vt etiam liberi ipſi teſtatoris, & nurus & gener cenſeantur rogati hereditatem libertis quoque reſtituere? Tantum enim abeſt vt in dubio id dicendum ſit, vt ſi quis in libertum donationem bonorum ſuorum, vel partis bonorum contulerit, reuocetur donatio propter liberos qui poſtea donatori ſuperuenerunt. Quæ propria ſpecies, & ſpecialis ſententia eſt *l.ſi vnquam* 8. *C. de reuoc.donat.* Adeò verum eſt non eſſe quemquam præſumendum nocere liberis ſuis voluiſſe, ſiue per fideicommiſſum, ſiue quo alio modo in fauorem libertorum. Quos tamen ſi cum Iuſtiniano dicas eſſe admittendos poſt liberos in caſum, vt ego interpretor, vulgarem, nullam ſanè liberis iniuriam feceris, quorum planè nihil intereſt ad quem bona illa perueniant, in quibus ſuccedere ipſi vel nolunt, vel non poſſunt. Nec enim vulgaris ſubſtitutio eſt onus, quomodo fideicommiſſaria, cùm acquiſitionem neque impediat neque afficiat, in perſona eius cui ſubſtitutus vulgaris datur. Sed interpretes omnes videtur magis præcipites egiſſe reſponſum illud Papiniani quod extat *in l. peto 69. §. fratre de legat.* 2. vbi cùm teſtator proponeretur à fratre herede inſtituto petiiſſe ne fundus alienaretur, & vt in familia relinqueretur. Reſpondet Papinianus, ſi non paruerit heres voluntati, ſed domum alienauerit, vel extero herede inſtituto deceſſerit, omnes quidem fideicommiſſum petere poſſe qui in familia fuerint, ſed ſi non ſint eiuſdem gradus, ita rem temperari debere vt proximus quiſq; primo loco videatur inuitatus, ſic tamen vt non ideò ſequentium cauſa propter ſuperiores in poſterum lædi debeat, ſed ita proximus quiſque admittendus ſit, ſi paratus ſit cauere ſe fundum illum familiæ reſtituturum. Verùm quid facilius, quàm videre longè diuerſam eſſe illam ſpeciem Papiniani ab ea quam tractamus: nos enim quærimus de fideicommiſſo ſimpliciter relicto familiæ, Papinianus verò de illo fideicommiſſo, quod in familia relinqui teſtator iuſſerit, de quo dubitari non poteſt, quin vt fideicommiſſa contineat, quot erunt capita gradúſque perſonarum ex familia, quibus fideicommiſſum relinqui oportebit. Fideicommiſſum quod familiæ relinquitur, vnicum eſt, licèt pluribus aut ſimul ſi ſint omnes eiuſdem gradus, aut ex ordine & gradatim, in caſum tamen vulgarem deferri poſſit. At fideicommiſſum, ſiue toti familiæ, ſiue alicui ex familia ſic datum, vt in familia relinquatur, ſucceſſiuum eſt & habet tractum temporis, tamdiúque durat, quandiu aliquis de familia & nomine ſupereſt, qui fideicommiſſum petere poſſit. Sed & inter has duas tam varias fideicommiſſorum ſpecies media illa eſt, per quam fideicommiſſum nec familiæ relinquitur, nec in familia relinqui iubetur, ſed bona teſtatoris extra familiam alienari prohibentur. Quibus verbis effectu quidem ipſo videntur iuſſi omnes quibus teſtator bona ſua reliquit, ea bona in familia relinquere. Sed cum hac tamen differentia, quod nulla hîc ſunt verba fideicommiſſi, quoniam fideicommiſſum quod illi qui ſuperſunt ex familia petunt in caſum contrauentionis, non niſi per interpretationem iuris ex alienationis prohibitione inducitur ad conſeruandam defuncti voluntatem, quæ aliàs conſeruari non poſſet: Fideicommiſſum verò quod ſic datum eſt vt bona in familia relinqui iubeantur, debetur ex verbis non minùs quàm ex voluntate teſtatoris, & quidem ſine vlla condicione, niſi quod debetur in diem incertum mortis heredis grauati, qui dies incertus pro condicione eſt. Contrà verò, inter fideicommiſſum quod iubet relinqui bona in familia, & fideicommiſſum quod ex alienationis prohibitione inducitur,

differentia

Digitized by Google

differentia hæc eſt quod fideicommiſſum inductum ex prohibitione alienationis ſemper condicionale eſt, & in caſum contrauentionis duntaxat: quod verò in familia relinqui iubet bona teſtatoris, nulla alia condicione ſuſpenditur, quàm quæ ex diei incertitudine tacitè proficiſcitur, vt pluribus à nobis tractatum eſt *lib.14. Coniect. cap.14.* vbi oſtendimus quàm diligenter ſint diſtinguendi caſus iſti, & quęnam ſit inter eos differentia. Itaque nō eſt quod hîc repetamus. Illud tamen prætermittere non poſſumus ſupradicto Caſtrēſis errori quem nos refutauimus ſimilem illum eſſe quem idē Caſtrenſis inuexit *in l. Gallus 29. §. quidam rectè de liber. & poſthum.* vbi ait, ſi quis filium aut fratrem ſuum ſubſtituerit & liberos eius cenſeri vocatos liberos non ſimul cum patre, ſed ordine ſucceſſiuo: ita tamen vt non tantùm in caſum vulgarem, ſed etiam in caſum fideicommiſſi, Quo nomine vulgo reprehenſus eſt à cæteris, & pleriſque Senatus noſtri conſultis improbatus, vt videre eſt in Codice Fabriano *Defin.9. De fideic.* Cui poſſis etiam addere quod ſcriptum eſt *Defin.35. eod. tit.* Non eſſe in dubio credendum teſtatorem voluiſſe fideicommiſſo perpetuo, & in infinitum grauare deſcendentes ab herede, & ſubſtitutionem factam in fauorem familiæ agnationis aut plurium perſonarum ſub nomine collectiuo quale eſt liberorum vindicare ſibi locum in priore gradu qui eo tempore ſuperſit quo condicio exiſtit, nec ad vlteriores gradus porrigi niſi id expreſſim teſtator voluerit. Itaque ſubſtitutis liberis aut propinquioribus expirare ſubſtitutionem, ſimulatque in perſonis priore gradu poſitis locum habuit, Addo, *niſi id expreſſim teſtator voluerit.* Hoc enim eſt quod ex Modeſtino additur *in d. l. omnia 32. aliàs l. cùm ita §. in fideicommiſſo de legat. 2. niſi ſpecialiter defunctus ad vlteriores voluntatem ſuam extenderit.* Etſi non facilè poſſim mihi temperare, quin ſuſpicer adiectionem illam eſſe Triboniani potiùs quàm Modeſtini. Nam præter id quod familiare eſt Triboniano vt ſpeciales iſtas teſtatorum voluntates excipiat, tùm quoque cùm nulla excipiendi aut ratio aut neceſſitas eſt, vt alibi nō ſemel obſeruauimus, me illud etiam mouet, quod iam antè Modeſtinus dixerat in fideicommiſſo familiæ relicto præferendos illos qui à teſtatore nominati eſſent: quod nos iam ſuprà monuimus ex Paulo Caſtrenſi ſic accipiendum eſſe, etiamſi ſint vlterioris & remotioris gradus, vt nominatio à teſtatore facta quæ adfectionis & dilectionis ſummæ argumentum eſt, aliquid operetur. Atqui non poſſis fingere quo modo teſtator voluntatem ſuam ad vlteriores gradus extendere potuerit, niſi nominando vel perſonas in remotioribus gradibus conſtitutas, vel ſaltem gradus ipſos remotiores. Satis ergo iā expreſſum hoc erat præcedentibus illis verbis, nec niſi inſulsè potuit repeti, multò minùs per formam exceptionis ſubiici ad eam clauſulam quæ ad caſum illum ſolum pertinebat quo teſtator fideicommiſſum ſimpliciter nullo nominato familiæ reliquiſſet. Taceo quod vix alio loco reperias in prudentum reſponſis ſimilem huic locutionem *ad aliquos voluntatem ſuam extendere,* pro eo quod ſolent illi dicere *ad fideicommiſſum inuitare.* Nec enim illa eſt extenſio voluntatis ſed directio intentionis vt Papinianus loquitur *in l. cùm pater 77. §. donationis eod. tit.* Fateor tamen verum eſſe quod Tribonianus docere voluit, vlteriores quoque & remotiores non tantùm concurrere poſſe cum proximioribus, ſed etiam priores admitti ſi ea fuerit teſtatoris voluntas. Idque tam certum erat vt non niſi fruſtra ac propemodum ridiculè potuerit Iureconſultus id monere. Quis enim neſcit in vltimis voluntatibus teſtatoris voluntatem eam eſſe quæ totum facit? *l. ſi mihi*

Digitized by Google

& tibi 12. *in fin. de legat.* 1. Itaque vel ex hoc maximè tantò certiùs mouero vt tam inanem, & ſuperuacuam adiectionem Triboniano adſcribam.

ANTONII FABRI I. C. SEBVSIANI, SENATORIS SABAVDIENSIS, ET IN GEBENNENSIS DVCATVS AVDITORIO PRAESIDIS,

DE ERRORIBVS PRAGMAT. ET INTERPR. IVRIS.

DECAS LV.

ERROR PRIMVS.

De repræſentationis iure in hereditatibus ab inteſtato, ſiue aſcendentium ſiue tranſuerſalium.

IN ſucceſſione inteſtati locum eſſe iuri repræſentationis certum eſt quoties de aſcendentis hereditate agitur inter deſcendentes, vt puta ſi quis filio ſuperſtite deceſſerit & nepote ex alio prædefuncto: ſuccedit enim auo nepos cum patruo, eámque portionem auffert quam haberet eius pater ſi viueret, ita vt ſi plures nepotes eſſe contingat, non plus omnes habeant quàm patruus ſolus, quia nec eorum pater ſi viueret plus conſequeretur, ſed etſi non cum patruo ſuccedant, quo caſu maximè indigent iure repræſentationis vt quamuis vno gradu remotiores poſſint tamen cum proximiore concurrere, ſed cum patruelibus & conſobrinis qui in eodem gradu poſiti ſunt, idem ius & beneficium habent repræſentationis vt non

tamen

de aui materni ſucceſsione agitur alio iure cenſeri nepotes, & ſuccedere illos ex proprio capite non iure repræſentationis, & idcirco non in ſtirpes, ſed in capita quod Imperatores dicunt, *pro virili portione in l. 3. C. vnd. legit.* vbi quod additur, *etiam iure honorario* includit quidem ius ciuile quatenus ei ſolet opponi honorarium, at non ius illud ciuile vetus quod ſit ex lege 12. tab. ſed nouum ex ſupra relatis poſteriorum Imperatorum conſtitutionib. inductũ, & à Iuſtiniano tandem ſic immutatum vt hodie nulla ſit differentia ſiue de paterni, ſiue de materni aui ſucceſsione agatur, quemadmodum circa ius tranſmiſsionis iam antea Theodoſius conſtituerat vt aſcendentium omniũ hereditates in quoſcumque deſcendentes tranſmitterentur, *in l. vnic. C. de his qui ant. apert. tabul.* ſed omni caſu, & inter quoſcumque nepotes & pronepotes hereditas in ſtirpes non in capita diuidatur, *d. §. vlt. & Nouell. 118. de hered. ab inteſt. venient. capit.* qua conſtitutione Iuſtinianus omnes ſuitatis & emancipationis, itémque agnationis & cognationis differentias ſuſtulit, quantum ad cauſam ſucceſsionis, ſolam intuitus rationem naturalem quæ ſanguinis iure aſcendentium omnium hereditates deſcendentibus omnibus pariter defert, ſicut & omnes pariter nepotes & pronepotes appellantur, quæ fuit iam olim ratio priorum Imperatorum in vetere iure corrigendo, vt idem Iuſtin. refert, *in d. §. item vetuſtas.* Itaque verum hodie eſt dicere, deſcendentes omnes ſuccedere aſcendentibus omnibus iure repræſentationis, &, quod neceſſariò conſequens eſt, in ſtirpes non in capita: atque ita abrogatam eſſe *d. l. 3. C. vnde legit.* quod non ſatis benè à noſtris obſeruatum videtur, qui eius legis ſententiam ſic interpretantur quaſi conſentiat cum nouo Iuſtiniani iure, *in dict. Nouell.* 118. itémq; cũ eo, quod ſcriptum eſt *in l. inter* 11. *C. famil. erciſ.* inter filios & filias bona inteſtatorum parentũ pro virilibus portionibus æquo iure diuidi oportere. Aliud enim longè eſt de filiis, & filiabus tractare, aliud verò de nepotibus: ſiquidem in filiis & filiabus quoties plures ſimul ſuccedunt, non alia inter eos diuiſio hereditatis fieri poteſt quàm in viriles portiones, nempe quia cùm ſint omnes in primo gradu ſuccedunt ſemper ex propria perſona, numquam verò iure repræſentationis, quod graduum pluralitatem & diuerſitatem neceſſariò præſupponit, at inter nepotes poteſt facilè incidere dubitatio, an in capita ſuccedere debeant, an in ſtirpes, ſiue cum patruo concurrant aut cũ auunculo, vel cum amita, aut matertera, ſiue etiam inter ſe ſolos, nimirum quia & de illo dubitari poteſt, an cùm ſuccedunt videantur ſuccedere ex proprio capite, an iure repræſentationis. In quo varium, vt dixi ius fuit, nam cùm olim ex quo tempore facti erant capaces ſuccedendi auo materno tam ex conſtitutionibus Imperatorum quàm ex edicto prætoris ſuccederent iure proprio, & in viriles: hodie contrà ex Iuſtiniani conſtitutionibus ſuccedunt ſemper iure repræſentationis & conſequenter in ſtirpes, numquam in capita, quia nec vnquam ſuccedunt proprio iure. Quare non ſicut abrogatam eſſe dicimus *eam legem 3. Cod. vnd. legit.* quæ de nepotibus loquitur, ità poſſit quis dicere, abrogatum eſſe *d. l. inter*, quæ ad filios & filias tantùm, non etiam ad nepotes pertinet. Atque hæc quidem de aſcendentium legitima ſucceſsione dixiſſe ſufficiat. In tranſuerſalium, & vt loquuntur, collateralium ſucceſsionibus minorem res exigit tractationem. Nam ſicuti certiſsimum eſt tale fuiſſe ius vetus quod à temporibus legis duodecim tabularum ad tempora vſque conſtitutionis Iuſtiniani *in d. Nouell.* 118. obtinuit, vt ius repræſentationis lo-

Digitized by Google

viuo herede, quomodo certè intellexit. At quia nō dixit, noluit quiſquis Marcellum reprehendit hoc ſupplere, vt reprehendendi anſam retineret. Sic enim loquor, quia non facilè poſſum mihi perſuadere in mentem Scæuolæ vnquam venire potuiſſe vt tam libenter nullóque colore tantum Iureconſultum quantus Marcellus fuit, notaret, cuius ſententiam iuſta interpretatione adiuuare & excuſare potiùs debuiſſet. Vereórque ne ſit etiam hæc nota Triboniani, quem video adieciſſe de ſuo verba illa, *cùm nulli offertur*, quæ non potuit addere Scęuola quin eam inſcitiæ & cauillationis culpam in ſe coniiceret quam nos Triboniano adſcribimus. Nec enim Marcellus ſcripſerat poſſe omnes fideicommiſſum petere cùm nulli offertur, ab herede viuo, ſed poſſe omnes fideicommiſſum petere ſi heres neminem elegerit, quod perinde erat acſi ſcripſiſſet poſſe omnes fideicommiſſum petere poſt mortem heredis, qui ſcilicet quandiu vixit, eligere potuit, ac proinde quem dici non poteſt abſolutè, neminem elegiſſe priuſquàm deceſſerit, quamquam autem liceret de Scæuola tam malè ſuſpicari vt Marcellum temerè ac ſine cauſa reprehendere voluiſſet, quaſi Marcellus negaſſet tranſmiſſam eſſe petitionem fideicommiſsi ab iis, qui poſt mortē heredis ceſſante electione deceſsiſſent ante petitum fideicommiſſum, non ideò tamen fatebor aut Marcellum aut Scæuolam in ea fuiſſe hæreſi vt crederet in propoſita ſpecie natam fuiſſe pro omnibus petitionem fideicommiſsi iam inde à quo tempore viuus heres moram in eligendo contraxiſſet, tantum abeſt vt mihi perſuadeam vtrumq; in tam abſurda ſententia cum Triboniano conſenſiſſe, aut Vlpianum eodem ſenſu ſiue Marcelli, ſiue Scæuolæ ſententiam accepiſſe. Neque rurſum contextus ille verborum ſapit elegantiam Vlpiani, præſertim verò illo in loco, *Cùm igitur omnibus competat, meritò notatus eſt, &c.* Eſt enim totum id longè dignius elegantia Triboniani, maximè ſi iungas cætera quæ nos in præcedentibus obſeruauimus.

ERROR SEPTIMVS.

De fideicommiſſo familiæ relicto ad §. in fideicommiſſo l. omnia 32. aliàs l. cùm ita de leg. 2.

CVM familiæ relictum eſt fideicommiſſum in qua ſint plures agnatorum aut etiam liberorum gradus, ſi quæratur quis ad fideicommiſsi petitionem admitti debeat, & quo ordine fatentur omnes id ſeruandum eſſe quod Modeſtinus reſpondit, *in l. omnia 32. aliàs l. cùm ita §. in fideicommiſſo de legat.* 2. Admitti quidem eos ſolos qui ſunt ex agnatione teſtatoris, & de nomine ipſius non etiam cognatos qui per fœminam coniuncti ſunt, quos conſtat familiæ appellatione non contineri *l. familiæ. De verb. ſignific.* niſi communis vſus loquendi eo in loco in quo teſtamentum conditum eſt, diuerſam interpretationem ſuadeat vt Bart. tractat *ad d. §. in fideicommiſſo. num.* 4. vbi addit & rectè, nihil ad rem facere quod Iuſtinianus cognatos agnatis exæquauerit quantum ad cauſam ſucceſsionis inteſtati, *Nouell.* 118. *de hered. ab inteſt. venient.* nec enim conſtitutione illa factum eſt, fierive potuit, vt cognati facti ſint agnati aut contrà, quæ nimis fœda eſſet verborum rerúmque confuſio, vt eiuſdem Iuſtiniani verbis vtar, *in l. vlt. C. de legit. tutel.* Sed inter eos qui ſunt

ex fa-

Digitized by Google

ex familia quis admitti debeat & quo demũ ordine nõ ita conſtat. Modeſtinus ſanè primo loco eos vocari ait, qui nominati ſunt à teſtatore, nimirum cuiuſcumque gradus ſint etiamſi remotioris vt rectè Caſtrẽſis interpretatur, quod nonnulli cum Accurſio ſic accipiunt, vt ſi teſtator ita ſcripſerit, *Fundum Cornelianum familia mea dari volo ſcilicet Petro & Ioanni*, Petrus & Ioannes cæteris omnibus qui ex familia ſunt præferantur, iis verò deficientibus & extinctis cæteri de familia admittantur. Alij verò, ac multò meliùs cum Bartolo, ſi teſtator ita dixerit, *Fundum Cornelianum familiæ meæ dari volo, & Petro, & Ioanni*. Copula enim, &, auget non reſtringit, *l. ea tamen*, 46. *de legat*. 3. cùm è contrario articulus, *ſcilicet*, reſtringat, faciátque vt Petrus & Ioannes taxationis potiùs quàm ampliationis gratia nominati videantur, ac proinde vt alij quàm ipſi ad huiuſmodi fideicommiſſum admitti non poſsint, ne quidem poſt ipſos, *l. legata ſupell ctili*. 9. §. 1. *D. de ſupell. legat*. At poſt eos qui nominati ſunt, quamuis placeat Modeſtino admitti eos debere qui ex nomine defuncti fuerunt eo tempore quo is moriebatur, dubitant tamen noſtri an ita id intelligi debeat, vt priores admittantur illi qui ſunt ex eodem ordine, & gradu nominatorum, an verò illi qui ſunt ex alio gradu dummodò proximiore. Nam ſi ſint ex alio gradu remotiore conſtat inter omnes non poſſe illos cũ proximioribus concurrere, cùm vt quiſque proximior eſt, ita & prior in dubio ac cæteris paribus ad fideicommiſſum inuitatus videatur, vt ſcriptum eſt *in d. §. in fideicommiſſo*, & à Papiniano, *in l. peto*, 69. *§. fratre eod. tit*. Frequentior tamen & verior noſtrorum ſententia eſt, non tam eum gradum ſpectandum eſſe, in quo ſunt qui ſoli nominati proponuntur, quàm eũ qui ſit proximior teſtatori. Nam vt Bartolus benè obſeruat, non ita ſcribit Modeſtinus, vt dicat poſt extinctos omnes eos, qui nominati fuerant, admitti eos qui ex eo ordine fuerint, ſed qui ex nomine defuncti, & ex his ipſis illos qui primo gradu procreati ſunt. Nominatio enim certæ perſonæ demonſtrat dilectam fuiſſe à teſtatore perſonam illam, non gradum in quo eſt perſona. Sunt ergo priore loco admittendi proximiores. Sed hîc rurſum hæſitatur, an proximiores intelligi debeant illi qui proximiores ſunt teſtatori, an verò qui heredi. Sic enim Modeſtinus locutus eſt, & adeò ambiguè vt quid ſenſerit, nõ facilè ſciri poſsit, *aut poſt omnes eos extinctos, qui ex nomine defuncti fuerunt eo tempore quo teſtator moreretur, & qui ex his primo gradu procreati ſint*. Nec deſunt magni plerique viri qui moti ex illis verbis, *& qui ex his*, pro iis reſpondeant, qui proximiores ſunt heredi. Nam quemadmodum prior pars clauſulæ non de aliis loquitur, quàm qui fuerint ex nomine defuncti, tempore mortis inſpecto, ita poſterior non ad alios pertinere videtur, quàm qui procreati ſint ex iis qui ex defuncti nomine fuerunt, ac proinde qui ipſis prioribus fideicommiſſariis proximiores ſunt non qui teſtatori. Quam ſententiam præcipua inter cæteros contentione defendit Bartholom. Socin. *ad l. heredes mei* 57. *§. cùm ita D. ad SC. Trebell. & conſ*. 249. 253. & 86. *vol*. 3. *conſ*. 73. *volum*. 4. & alij tam multi poſt eum, vt quamuis à contraria parte ſtet Bartolus, Baldus, & frequentior veterum interpretum ſchola, hodie tamen vix ſciri poſsit, quænam ſit magis communis, ſi autorum qui in vtramque partem adferri ſolent capita numerentur: quæ numerat exactè Antonin. Teſſaur. *deciſ. Pedem*. 64. Mihi tamen contraria opinio quæ vt diximus fuit iam olim Bartoli, *ad l. ſi cognatis num*. 2. *de reb. dub*. & antiquiorum, non ſolùm probabilior eſſe ſemper viſa eſt, ſed extra omnem omnino dubitationem, ſi Modeſtino credimus, *in*

M

Digitized by Google

d. §. in fideicommiſſ. vbi quod ait, *& qui ex his primo gradu procreati ſunt*, non alium ſenſum habet, quàm ſi ſcriptum eſſet, *& ex his qui ex nomine defuncti fuerunt eo tempore quo moriebatur quos paullò ante dictum eſt admitti debere ad petitionem fideicommiſſi poſt extinctos omnes nominatos, illi præferendi ſunt qui primo gradu procreati ſunt*, relatione ſcilicet ſemper facta ad nomen & familiam teſtatoris, & ad perſonam ipſius, non ad perſonam heredis aut prioris fideicommiſſarij. Nam cùm ſcripſiſſet Modeſtinus poſt extinctos omnes nominatos, admitti eos debere qui ex nomine defuncti fuerint cùm is moreretur, & dubitari probabiliter poſſet, an ſic ſenſiſſet vt omnes omnino agnati ad teſtatoris nomen & familiam pertinentes ſimul admittendi eſſent, an verò ſucceſſiuè ita vt alij aliis præferrentur, neceſſe erat Modeſtinum ea verba addere, *& qui ex his primo gradu procreati ſunt*, vt quiuis intelligerat ſeruandã eſſe hoc caſu inter vocatos graduum prærogatiuam, & proximiores teſtatoris remotioribus præferendos. De quo nec quiſquam vt opinor dubitaret ſi paullò clariùs Modeſtinus ſcripſiſſet, *& ex his illos qui primo gradu procreati ſunt*. Quid autem intereſſe poteſt apud bonos & intelligentes Iureconſultos an ita ſcriptum ſit, *& qui ex his*, an ita potiùs, *& ex his qui*, ſic *& in l. Titia Seio 87. §. Seia libertis*, ibi, *quive ex his tunc ſuperuiuent*. Præſertim cùm & præcedentia verba eſſent aperta de admittendis iis ſolis qui de nomine ac familia defuncti fuiſſent mortis tempore, & ratio iuris eſſet manifeſtiſsima pro iis qui teſtatori ipſi proximiores eſſent, non etiam pro iis qui heredi, quandoquidẽ per fideicommiſſum non heredi ſucceditur, ſed teſtatori: *l. coheredi 41. §. cùm filiæ de vulg. & pupill. ſubſt. l. ſequens quæſtio 68. de leg. 2. l. 1. 2. & paſſ. D. ad SC. Trebell.* Qua de cauſa non inſubtiliter quidam hac in re diſtinxerunt vulgarem & fideicommiſſariam ſubſtitutionem à pupillari, vt in pupillari ſpectandum ſit quis proximior fuerit non patri qui pro filio teſtatus proponitur, ſed filio qui ipſe teſtator eſſe intelligitur. Secundum ea quæ ſcripſimus in Codice Fabriano, *Defin. 6. de verb. ſignific.* Ac longè meliùs quàm qui vulgarem & pupillarem à fideicommiſſaria ſepararunt, quos refert refellitque Teſſaur. *dict. deciſ. 64. num.* 4. Denique vt ſubtiliter iam olim Raph. Cuman. dicebat dictio, *&*, in ſupradictis illis Modeſtini verbis, *& qui ex his*, non ad copulationem addita eſt, ſed ad declarationem præcedentium verborum.

ERROR OCTAVVS.

De nomine familiæ an per ſe inducat multiplicationem fideicommiſſorum.

VIDETVR autem hæc interpretum noſtrorum diſſenſio, & eorum error qui pro grauati proximioribus reſponderunt, ex eo deſcendiſſe, quod omnes ſupponunt & pro vero habent, in ſpecie illa Modeſtini de fideicommiſſo familiæ relicto ita ius eſſe, vt fideicommiſſum etiam quod prioribus acquiſitum ſit, tranſire nihilominùs debeat ad poſteriorum graduum agnatos quaſi pluribus fideicommiſſi gradibus conſtitutis, in caſum non modò vulgarem, ſed etiam fideicommiſsi, vt reale ſit fideicommiſſum & perpetuum quandiu aliquis ex familia ſupererit. Sic enim vulgo noſtri *ad d. §. in fideicom-*

Digitized by Google

deicommiſſo, ſed omnium apertiſsimè Caſtrenſis, dicens tenendum hoc eſſe menti, quia verbum familiæ, inquit, hoc importat vt fideicommiſſum veniat de vno in alium, nec meliore at ne quidem alia ratione vnquam moti ſunt qui tam pertinaciter & inſulsè pro grauati proximioribus reſponderunt, quàm quòd poſteaquàm bona iam ſemel acquiſita ſunt grauato, cùm is qui poſt grauatum ſuccedit, non niſi mediatè ſuccedat teſtatori, æquum ſit illum qui proximior ſit grauato præferri ei qui teſtatori proximior fuit. Ita enim Alciat. *in l. pronunciatio §. familiæ de verbor. ſignificat.* Atqui hoc falſum eſt, quod putant, omnes eos qui ſunt de familia ſic vocari ad fideicommiſſum familiæ relictum vt bona fideicommiſſo ſubiecta poſsint & debeant de vno ad alium, vt Caſtrenſis loquitur, deuenire. Fateor quidem admitti eos gradatim, vt ſcriptum eſt *in l. vlt. C. de verb. ſignific.* id eſt de gradu in gradum, vt quiſque quo prior eſt in gradu eo prius debeat admitti ad fideicommiſſum, ſed dico ita hoc accipi debere vt fideicommiſſum omnibus qui ex familia ſunt gradatim deferatur in caſum vulgarem dũtaxat, id eſt ita demùm ſi is qui prior vocatus eſt, ſuccedere tamen nolit, aut aliqua de cauſa non poſsit, non etiam in caſum fideicommiſsi, hoc eſt ita vt qui ex fideicõmiſſo iam ſucceſsit poſtmodũ ex alio fideicõmiſſo eadẽ bona ſequentis gradus agnato reſtituere teneatur. Quam in ſententiam à nobis iã multos ante annos propoſitam *libr.* 14. *Coniectur. cap.* 14. mouent me verba ipſa tam Modeſtini *in d. §. in fideicommiſſo*, quàm Iuſtiniani *in d. l. vlt.* Modeſtinus enim poſtquàm dixit in fideicommiſſo quod familiæ relinquitur hos ad petitionem eius admitti poſſe qui nominati ſunt, non ſubiicit quomodo ſubiicere debuerat ſi idem ſenſiſſet, quod interpretes, *& poſt omnes eos extinctos, qui ex nomine defuncti fuerint eo tempore quo teſtator moreretur*, ſed ſcripſit, *aut poſt omnes eos extinctos*, per articulum diſiunctiuũ, *aut*, cuius proprium eſt, non ſolùm vt ſeparet atque ordinem ſucceſſionis demonſtret, impediendo concurſum qui alioquin per copulam, *&*, ſi aliud nihil obſtaret induceretur, ſed etiam vt vulgarem caſum exprimat, acſi pluribus ſcriptum eſſet, *aut ſi ij qui nominati fuerint ſuccedere nolent aut non poterunt, quia fortè iam ſint prædefuncti*, vt *in d. l. Titia Seio* 87. *§. Seia libertis*, in illis verbis, *quíve ex his tunc ſuperuinent eod. tit. de legat.* 2. *l. Lucius* 78. *§.* 1. ibi, *vel ſi vnus, ei omnem, D. ad S C. Trebell.* Certum enim eſt in fideicommiſsis vt & in legatis & in hereditatibus poſſe vulgarem fieri ſubſtitutionem, *l. vlt eod. Scæuola* 76. *d. l. Lucius. §. pater puerum eod. l. vt heredibus* 50. *de legat.* 2. Senſit ergo Modeſtinus, non quod volunt interpretes ad fideicommiſſum familiæ relictum poſſe ordine ſucceſsiuo admitti omnes qui ex familia ſunt in caſum fideicommiſſarium, ſed è contrario vocatos quidem omnes, & quidem ordine ſucceſsiuo, ſed ita tamen vt numquam omnes ad fideicommiſſum admittantur, non ſolùm ſimul, at ne quidem ordine ſucceſsiuo. Si enim vel vnus admiſſus ſit, hoc ipſo protinus excludi cæteros, & ita excludi vt in perpetuum remaneant excluſi: qui verus caſus eſt vulgaris ſubſtitutionis, quam ſolemus dicere per aditionem hereditatis ſi de hereditate agatur, vel per acquiſitionem legati aut fideicommiſsi expirare ſi de legato, aut de fideicommiſſo tractetur: *vulg. leg. poſt aditam* 5. *C. de impub. & aliis ſubſtit.* Nec rurſum ita loquitur Modeſtinus, vt dicat priore loco admitti eos qui priore gradu ſunt, poſteriore verò eos qui ſunt remotio-

Digitized by Google

res,& vlteriores,ſed ſimpliciter admitti eos, qui priore gradu ſunt, niſi ſpecialiter defunctus ad vlteriores voluntatem ſuam extenderit,vt intelligamus vel hos,vel illos tantùm admitti,numquam verò & hos & illos, ſiue ſimul, ſiue diuerſis temporibus. Et verò pone ita ex facto incidiſſe, vt ſpecialiter extenderit defunctus voluntatem ſuam ad vlteriores,vt ſcilicet ij priore gradu admittantur, & ex ea voluntate agnatos vlteriores ſolos totum fideicommiſſum obtinuiſſe,poſtea tandem ſine liberis eos deceſſiſſe, quis credat ita interpretandum eſſe fideicommiſſum,vt poſt extinctos illos remotiores qui iam ſucceſſerint,admittantur iterum ex poſteriore loco proximiores? An nō fuerit perabſurdum remotiores quos teſtator magis dilexerit quàm proximiores, intelligi tamen grauatos fauore proximiorum minùs dilectorum? Hoc verò ſi ita eſt,nónne illud quoque fuerit adhuc abſurdius,vt proximiores qui in dubio priùs inuitati eſſe videntur,tanquam prædilecti, cenſeantur etiam grauati de eodem fideicommiſſo poſt mortem ſuam vlterioribus reddendo? Vnde verò tanta hæc obſecro fideicommiſſorum multiplicatio, cùm duntaxat vnum fideicommiſſum ſit,quod teſtator familiæ ſuæ reliquit, ídque non niſi verbo vno? Finge teſtatorem, qui filio aut fratre herede inſtituto fideicommiſſum familiæ reliquit poſt heredis inſtituti mortem, pręſtandum,ea fuiſſe mente vt non niſi vnicum eſſet fideicommiſſum, & ei ſoli præſtandum qui proximior fuiſſet tempore mortis, & capax acquirendi fideicommiſsi tempore condicionis euenientis. An fortè dicemus hunc qui de vno tantùm fideicommiſſo inducendo cogitauerit, multa tamen feciſſe ob hoc ſolum,quòd non Titio,aut Sempronio, ſed toti familiæ fideicommiſſum reliquerit? Atqui in fideicommiſſo familiæ relicto prudentius conſilium teſtantis animaduertitur,qui cùm proſpiceret fieri poſſe,vt alius proximior ſibi eſſet tempore mortis,quàm qui erat tempore teſtamenti, & præterea,vt illi ipſi qui mortis tempore proximiores inuenirentur, viuo tamen herede grauato,& antè condicionis euentum decederent, maluit fideicommiſſum familiæ relinquere,ne tam citò caducum fieret,aut in caduci cauſam deuolueretur, quando eſſet multò difficilius vt poſt grauati mortem nemo ex familia ſupereſſet,quàm vt Titius aut Sempronius aut alius cui nominatim fideicommiſſum datum fuiſſet,mortuus reperiretur. Non ergo ſufficiés ratio illa eſt ad multiplicanda fideicommiſſa cùm familiæ vnum duntaxat fideicommiſſum relictum fuit,quod familiæ nomine vſus ſit teſtator qui alio vti non potuit æquè tutò, nec æquè commodè ad voluntatis ſuæ ſcopum aſſequendum.

ERROR NONVS.

De fideicommiſſo graduali & reciproco quod ex familiæ nomine interpretes inducunt.

ET in hoc primùm errauit Caſtrenſis,ac poſt eum cæteri ex quibus paucos reperias, qui fuerint eo ſubtiliores: quod omnes putant familiæ nomen hoc importare vt inter omnes qui ex familia ſunt fideicommiſſum inducatur non modò graduale, ſed etiam reciprocum, nempe vt arbitror quia vident nominis huius ſignificationem habere per ſe tractum aliquem & extenſionem: ſed nō obſer-

obſeruant, quod obſeruare debuerunt tractum illum non eſſe temporis, ſed graduũ, nec quicquã vetare quominus fideicõmiſſum plures gradus habeat vocatorum, & tamen conquieſcat in primo gradu eorum qui admiſſi ſint, nec exinde ad vlteriores gradus porrigatur. Aliud enim eſt de vocatione loqui, aliud de admiſſione: vocari poſſunt plures gradus aut ſimul aut ſucceſſiuè & gradatim prout teſtator voluerit, ſed ita tamen, vt vnus tantùm gradus admiſſus cæteris omnibus obſtet, ne admitti vnquam poſſint: quo caſu plures erunt quos vocatos, at non plures quos admiſſos poſſis dicere. Fefellerunt etiam Caſtrenſem verba illa quæ ſunt apud Modeſtinum, *poſt omnes eos extinctos*, quæ appar et habere tractum temporis, & eam omnino ſignificationem vt alij poſt alios admittantur. At illud etiam obſeruandum fuit quod apertiſſimum eſt, non eſſe verba illa teſtatoris, ſed Iureconſulti, cùm autem dicimus poſt interpretes verba tractum temporis habentia importare fideicommiſſum, de iis verbis intelligimus, quæ prolata ſint à teſtatore, aut in teſtamento ſcripta. Nec enim ſolent Iureconſulti fideicommiſſa inducere quæ teſtator ipſe non induxit: neque rurſus de eo diſputamus, an fideicommiſſum aliquod ſit, quod familiæ expreſſim relictum ponimus, ſed an plura ſint fideicommiſſa, cùm teſtator vnum fideicommiſſum familiæ reliquit. Quid autem prohibet ex verbis teſtatoris tractum temporis habentibus fideicommiſſum vnum induci, at non etiam plura? Sed & illud obſeruare Caſtrenſis debuerat, ante ſupradicta verba, *poſt omnes eos extinctos*, præcedere diſiunctiuã illam, *aut*, cuius vim eam eſſe ſuprà diximus, vt caſum vulgarem non fideicommiſſarium præ ſe ferat. Caſus enim fideicommiſſi præſupponit acquiſitionem in perſona grauati cùm rogari nemo poſſit de reſtituendo niſi eo quod ad ipſum peruenerit, capacitatem verò acquiſitionis in perſona inuitati, vt ita fideicommiſſum in vtriuſque perſona locum habeat. Contra verò articulus diſiunctiuus poſitus inter multorum perſonas ad fideicommiſſum vocatas non niſi alterutram admittit, quæ admiſſa ſtatim aliam excludit, & excluſa aliam admittit, quæ natura & condicio eſt vulgaris ſubſtitutionis. Ideò autem coactus fuit Modeſtinus vti verbis illis tractum temporis habentibus, *poſt omnes eos extinctos*, non vt iſtam fideicommiſſorũ multiplicationem induceret quam interpretes tam facilè inuexerunt, ſed quia tractabat de fideicommiſſo familiæ relicto, quod vix eſt vt vnquam relinquatur, niſi ea lege vt poſt grauati mortem præſtetur, quia nec alij præſtandum iniungitur, quàm qui ipſe ſit ex familia, adeóque præ omnibus cæteris dilectus, eámque nimirum ob cauſam prior vocatus. Quis verò purè grauet de reſtituendis familiæ bonis, eum, quem ipſe ex familia elegerit vt prior bona in familia poſſideret? An non ſatius & expeditius eſſet bona illa familiæ directò, ſiue per heredis inſtitutionem, ſiue per legatum dare, quàm fideicommiſſi viam in eam rem eligere? Porrò cùm fideicommiſſum, quod poſt mortem præſtandum iniungitur, in diem incertum relinquatur, & conſequenter ſub condicione, quia in teſtamentis dies incertus pro condicione habetur *vulg. l. dies incertus* 71. *De condic. & demonſtr.* certum eſt non alios poſſe ex eiuſmodi fideicommiſſo ſuccedere, quàm qui condicionis euenientis tempore ſuperſtites & capaces inueniantur, cùm neque ij qui prædefuncti ſunt ad fideicommiſſum admitti poſſint, neq; ipſorum ſucceſſores in quos ſcilicet fideicõmiſſum condicionale tranſmitti nõ potuit *l. is cui* 42. *D. de obligat. & action. l. Statius Florus* 48. *§. Cornelio Felici D. de iur. fiſc.* Ergo

quia fieri poterat vt fideicommiſſo relicto familiæ & quibuſdam ex familia ſpecialiter nominatis, omnes illi qui nominati eſſent morerentur ante heredem grauatum de reſtituenda poſt mortem ſuam hereditate, quos tamen ſi ſuperuixiſſent voluerat teſtator præferri cæteris, neceſſe fuit Modeſtinum qui nominatos illos priore loco admittendos eſſe dixerat, ſubiicere verba illa, *aut poſt omnes eos extinctos*, vt ſciretur quinam poſſent ex fideicommiſſo ſuccedere ſi nominatim vocatos præmortuos eſſe contigiſſet. Fuit etiam neceſſe vti cum verbis habentibus tractum temporis, vt totum illud tempus comprehenderet, quòd à die mortis teſtatoris in diem vſque mortis grauati interceſſiſſet, ante diem fideicommiſſi cedentem, non etiam vt ſequens tempus includeret quod ex die agniti & acquiſiti fideicommiſſi ſubſecutum eſſet. Denique vt dicam apertiùs, docet Modeſtinus, quis ad huiuſmodi fideicommiſſum admitti debeat poſt extinctos omnes qui fuerant nominati: ſed non ponit nominatos extinctos fuiſſe poſt agnitum iam & acquiſitum fideicommiſſum: imò antequàm potuerit iis acquiri, hoc eſt ante condicionis euentum, & viuo adhuc herede qui fuerat rogatus. Proinde in caſum vulgarem duntaxat, non item in caſum fideicommiſſi.

ERROR DECIMVS.

De ſententia l. vlt. C. de verb. ſignific. & l. peto 69. §. fratre de legat. 2.

NEc alius Iuſtiniani ſenſus fuit in *dict. l. vlt. C. de verb. ſignific.* vbi tractans ſimiliter de fideicommiſſo familiæ relicto conſtituit, vt ſi quis ſuo elogio fideicommiſſum familiæ ſuæ reliquerit, nulla ſpeciali adiectione ſuper quibuſdã certis perſonis facta, non ſolùm propinqui, ſed etiã his deficientibus gener & nurus admittantur. Quid enim aliud ſibi volunt verba illa, *his deficientibus*, niſi quod volumus, *ſi propinqui nulli ſint*, eo ſcilicet tempore quo fideicommiſſi dies cedit, & fideicommiſſum deberi incipit. Nam & Papinianus noſter in hunc ipſum ſenſum ſcripſit, *in d. l. heredes mei 57. §. vlt. Deficiente verò gradu nepotum*, cùm vellet eum caſum exprimere, quo nepotes quibus fideicommiſſum datum erat, & cui ex iis heres mallet, omnes viuo herede grauato, & ante non poſt agnitum fideicommiſſum deceſſiſſent. Nam & in illius §. ſpecie quæ ad noſtram ſatis accedit, vni cum erat datum fideicommiſſum, ſed pluribus tamen adeóque diuerſorum graduum perſonis, & per verba euidenter vulgarem duntaxat caſum demonſtrantia vi disiunctionis ſæpius repetitæ, cùm teſtator ita ſcripſiſſet, *Reſtituas filiis meis, vel vni eorum vel nepotibus meis, vel cui volueris, vel cognatis meis.* Quomodo & in alia ſpecie ab eodem Papiniano tractata in *l. cùm pater 77. §. penult. de legat. 2.* fideicommiſſum prædiorum pluribus quidem relictum proponebatur, ſed ita tamen vt vnũ duntaxat eſſet, ad quod plures vocati erant, & ex ordine alij poſt alios, at non niſi in caſum vulgarem. Ita enim teſtatrix ſcripſerat, *A te peto, marite, ſi quid liberorum habueris, illis prædia relinquas, vel ſi non habueris tuis ſiue meis propinquis aut etiam libertis noſtris*: quibus verbis ait Papinianus non electionem datam eſſe, ſed ordinem ſcripturæ

ſubſti-

Digitized by Google

ſubſtitutioni factum proponi, an vt ſi liberi ex fideicommiſſo ſuccederent idem fideicommiſſum propinquis reddere deberent, ſubinde verò propinqui libertis? Minimè, ſed vt ſi liberi non eſſent, eo tempore quo maritus moreretur, fideicommiſſum præſtaret ille propinquis, ſi nec propinqui eſſent, idipſum præſtaret libertis. Ergo in caſum vulgarem non in caſum fideicommiſſi: nam & ſubſtitutionem ſimpliciter cùm dicunt Iureconſulti vulgarem non fideicommiſſariam intelligunt *l. tutores 39. §. heres D. de admin. tutor. l. Scæuola 76. in fin. d. l. Lucius 78. §. pater puerum D. ad SC. Trebell. l. 1. & paſſ. De vulg. & pupill. ſubſtit.* Quidni ergo pariter dicemus, fideicommiſſum relictum familiæ pluribus quidem non modò perſonis ſed etiam gradibus relictum eſſe gradatim & ex ordine, ſed ita tamẽ vt non tam fideicommiſſorum pluralitas inducatur, quàm vnius fideicommiſſi plures caſus vulgares, pluréſque condiciones pro perſonarum pluralitate conſtituantur, Nihílque prorſus interſit an teſtator ita ſcripſerit *Bona mea familiæ meæ relinquo*, an ita *Relinquo bona mea liberis meis, aut ſi non erunt, nepotibus meis, aut fratribus meis aut patruelibus, aut genero, aut nurui, aut libertis meis.* Qui enim relinquit familiæ, idem prorſus ſentit quod ſentiret qui poſteriore formula vſus eſſet, niſi quod ſolo familiæ nomine vſurpato, & breuiùs loquitur, & plures nihilominùs perſonas comprehẽdit. Eum verò Papiniani ſenſum eſſe quem dicimus *in d. l. heredes mei §. vlt.* cùm ſcripſit *Deficiente gradu nepotum*, vt perinde ſit acſi ſcripſiſſet *Præmortuis ante grauatum heredem nepotibus* conſtat ſatis ex eo quod præcedit, non rectè mulierem electuram ex cæteris cognatis ſi nepotes ſupereſſent. Opponit enim Papinianus hæc duo *Nepotes ſupereſſe*, & *Deficere gradum nepotum*, vt intelligamus tùm deficere gradum nepotum cùm nulli ſuperſunt nepotes. At quo tempore? Eo nimirum quo tractandum eſt de electione per heredem grauatum facienda. Ergo adhuc viua herede, quæ fideicommiſſo fuerat onerata, & antequàm fideicommiſſum nepotibus acquiſitum eſſe potuiſſet. Et tamen ſubiungit ibidem Papinianus fideicommiſſi gradus in ea ſpecie fuiſſe à teſtatore præſcriptos: id eſt ita relictum fuiſſe hoc fideicommiſſum vt qui ſunt vocati non niſi gradatim & ex ordine, ac alii poſt alios pro graduum diſtinctione vocati intelligantur. Non ſunt igitur iſta contraria, Vocari plures gradatim ad fideicommiſſum, Nec tamen vocari in caſum fideicommiſſi, ſed in vulgarem ſolum. Atque ita Iuſtinianum quoque ſenſiſſe *in d. l. vlt. C. de verb. ſignific.* præter id quod iam oſtendimus ex illis verbis *his deficientibus* manifeſtius etiam fit ex ratione quam ſubiungit cur ad fideicommiſſum quod familiæ relictum eſt, etiam generum & nurum admitti velit. *Eos enim nobis*, inquit, *humanum eſſe videtur ad fideicommiſſum vocari, Ita videlicet ſi matrimonium morte filij vel filiæ fuerit diſſolutum: Nullo etenim modo poſſunt gener vel nurus filiis viuentibus ad tale fideicommiſſum vocari cùm hi procul dubio eos antecedant.* Nam quid impediret, obſecro, quominùs admitti poſſent gener & nurus, etiam poſteaquàm filius vel filia ſuperſtites admiſſi fuiſſent, ſi per multorum perſonas & manus fideicommiſſum hoc ambulare poſſet? Atqui vult Iuſtinianus iſtos nullomodo admitti poſſe, id eſt nullo caſu, nullóque tempore ſi modò filius aut filia priores admiſſi proponantur, id eſt ne quidem poſt filij vel filiæ mortem: non ergo exiſtimat fideicommiſſum hoc eſſe reciprocum ita vt de vno ad alium debeat peruenire. Idémque videtur mihi poſſe non malè probari ex eo quod ſubiicitur in *dicta l. vltim. poſt hos omnes, etiam libertos venire.* Quis

Digitized by Google

enim ferat vſque adeò faueri libertis vt etiam liberi ipſi teſtatoris, & nurus & gener cenſeantur rogati hereditatem libertis quoque reſtituere? Tantum enim abeſt vt in dubio id dicendum ſit, vt ſi quis in libertum donationem bonorum ſuorum, vel partis bonorum contulerit, reuocetur donatio propter liberos qui poſtea donatori ſuperuenerunt. Quæ propria ſpecies, & ſpecialis ſententia eſt *l. ſi vnquam* 8. *C. de reuoc. donat.* Adeò verum eſt non eſſe quemquam præſumendum nocere liberis ſuis voluiſſe, ſiue per fideicommiſſum, ſiue quo alio modo in fauorem libertorum. Quos tamen ſi cum Iuſtiniano dicas eſſe admittendos poſt liberos in caſum, vt ego interpretor, vulgarem, nullam ſanè liberis iniuriam feceris, quorum planè nihil intereſt ad quem bona illa perueniant, in quibus ſuccedere ipſi vel nolunt, vel non poſſunt. Nec enim vulgaris ſubſtitutio eſt onus, quomodo fideicommiſſaria, cùm acquiſitionem neque impediat neque afficiat, in perſona eius cui ſubſtitutus vulgaris datur. Sed interpretes omnes videtur magis præcipites egiſſe reſponſum illud Papiniani quod extat *in l. peto* 69. *§. ſi fratre de legat.* 2. vbi cùm teſtator proponeretur à fratre herede inſtituto petiiſſe ne fundus alienaretur, & vt in familia relinqueretur. Reſpondet Papinianus, ſi non paruerit heres voluntati, ſed domum alienauerit, vel extero herede inſtituto deceſſerit, omnes quidem fideicommiſſum petere poſſe qui in familia fuerint, ſed ſi non ſint eiuſdem gradus, ita rem temperari debere vt proximus quiſq; primo loco videatur inuitatus, ſic tamen vt non ideò ſequentium cauſa propter ſuperiores in poſterum lædi debeat, ſed ita proximus quiſque admittendus ſit, ſi paratus ſit cauere ſe fundum illum familiæ reſtituturum. Verùm quid facilius, quàm videre longè diuerſam eſſe illam ſpeciem Papiniani ab ea quam tractamus: nos enim quærimus de fideicommiſſo ſimpliciter relicto familiæ, Papinianus verò de illo fideicommiſſo, quod in familia relinqui teſtator iuſſerit, de quo dubitari non poteſt, quin vt fideicommiſſa contineat, quot erunt capita gradúſque perſonarum ex familia, quibus fideicommiſſum relinqui oportebit. Fideicommiſſum quod familiæ relinquitur, vnicum eſt, licèt pluribus aut ſimul ſi ſint omnes eiuſdem gradus, aut ex ordine & gradatim, in caſum tamen vulgarem deferri poſſit. At fideicommiſſum, ſiue toti familiæ, ſiue alicui ex familia ſic datum, vt in familia relinquatur, ſucceſſiuum eſt & habet tractum temporis, tamdiúque durat, quandiu aliquis de familia & nomine ſupereſt, qui fideicommiſſum petere poſſit. Sed & inter has duas tam varias fideicommiſſorum ſpecies media illa eſt, per quam fideicommiſſum nec familiæ relinquitur, nec in familia relinqui iubetur, ſed bona teſtatoris extra familiam alienari prohibentur. Quibus verbis effectu quidem ipſo videntur iuſſi omnes quibus teſtator bona ſua reliquit, ea bona in familia relinquere. Sed cum hac tamen differentia, quod nulla hîc ſunt verba fideicommiſſi, quoniam fideicommiſſum quod illi qui ſuperſunt ex familia petunt in caſum contrauentionis, non niſi per interpretationem iuris ex alienationis prohibitione inducitur ad conſeruandam defuncti voluntatem, quæ aliàs conſeruari non poſſet: Fideicommiſſum verò quod ſic datum eſt vt bona in familia relinqui iubeantur, debetur ex verbis non minùs quàm ex voluntate teſtatoris, & quidem ſine vlla condicione, niſi quod debetur in diem incertum mortis heredis grauati, qui dies incertus pro condicione eſt. Contrà verò, inter fideicommiſſum quod iubet relinqui bona in familia, & fideicommiſſum quod ex alienationis prohibitione inducitur, differentia

differentia

differentia hæc eſt quod fideicommiſſum inductum ex prohibitione alienationis ſemper condicionale eſt, & in caſum contrauentionis duntaxat: quod verò in familia relinqui iubet bona teſtatoris, nulla alia condicione ſuſpenditur, quàm quæ ex diei incertitudine tacitè proficiſcitur, vt pluribus à nobis tractatum eſt *lib.14. Coniect. cap.14.* vbi oſtendimus quàm diligenter ſint diſtinguendi caſus iſti, & quęnam ſit inter eos differentia. Itaque nō eſt quod hîc repetamus. Illud tamen prætermittere non poſſumus ſupradicto Caſtrēſis errori quem nos refutauimus ſimilem illum eſſe quem idē Caſtrenſis inuexit *in l.Gallus 29.§.quidam rectè de liber. & poſthum.* vbi ait, ſi quis filium aut fratrem ſuum ſubſtituerit & liberos eius cenſeri vocatos liberos non ſimul cum patre, ſed ordine ſucceſſiuo: ita tamen vt non tantùm in caſum vulgarem, ſed etiam in caſum fideicommiſſi, Quo nomine vulgo reprehenſus eſt à cæteris, & pleriſque Senatus noſtri conſultis improbatus, vt videre eſt in Codice Fabriano *Defin.9. De fideic.* Cui poſſis etiam addere quod ſcriptum eſt *Defin.35. eod. tit.* Non eſſe in dubio credendum teſtatorem voluiſſe fideicommiſſo perpetuo, & in infinitum grauare deſcendentes ab herede, & ſubſtitutionem factam in fauorem familiæ agnationis aut plurium perſonarum ſub nomine collectiuo quale eſt liberorum vindicare ſibi locum in priore gradu qui eo tempore ſuperſit quo condicio exiſtit, nec ad vlteriores gradus porrigi niſi id expreſſim teſtator voluerit. Itaque ſubſtitutis liberis aut propinquioribus expirare ſubſtitutionem, ſimulátque in perſonis priore gradu poſitis locum habuit, Addo, *niſi id expreſſim teſtator voluerit.* Hoc enim eſt quod ex Modeſtino additur *in d.l. omnia 32. aliàs l.cùm ita §.in fideicommiſſo de legat.2. niſi ſpecialiter defunctus ad vlteriores voluntatem ſuam extenderit.* Etſi non facilè poſſum mihi temperare, quin ſuſpicer adiectionem illam eſſe Triboniani potiùs quàm Modeſtini. Nam præter id quod familiare eſt Triboniano vt ſpeciales iſtas teſtatorum voluntates excipiat, tùm quoque cùm nulla excipiendi aut ratio aut neceſſitas eſt, vt alibi nō ſemel obſeruauimus, me illud etiam mouet, quod iam antè Modeſtinus dixerat in fideicommiſſo familiæ relicto præferendos illos qui à teſtatore nominati eſſent: quod nos iam ſuprà monuimus ex Paulo Caſtrenſi ſic accipiendum eſſe, etiamſi ſint vlterioris & remotioris gradus, vt nominatio à teſtatore facta quæ adfectionis & dilectionis ſummæ argumentum eſt, aliquid operetur. Atqui non poſſis fingere quo modo teſtator voluntatem ſuam ad vlteriores gradus extendere potuerit, niſi nominando vel perſonas in remotioribus gradibus conſtitutas, vel ſaltem gradus ipſos remotiores. Satis ergo iā expreſsum hoc erat præcedentibus illis verbis, nec niſi inſulsè potuit repeti, multò minùs per formam exceptionis ſubiici ad eam clauſulam quæ ad caſum illum ſolum pertinebat quo teſtator fideicommiſſum ſimpliciter nullo nominato familiæ reliquiſſet. Taceo quod vix alio loco reperias in prudentum reſponſis ſimilem huic locutionem *ad aliquos voluntatem ſuam extendere,* pro eo quod ſolent illi dicere *ad fideicommiſſum inuitare.* Nec enim illa eſt extenſio voluntatis ſed directio intentionis vt Papinianus loquitur *in l.cùm pater 77.§.donationis eod. tit.* Fateor tamen verum eſſe quod Tribonianus docere voluit, vlteriores quoque & remotiores non tantum concurrere poſſe cum proximioribus, ſed etiam priores admitti ſi ea fuerit teſtatoris voluntas. Idque tam certum erat vt non niſi fruſtra ac propemodum ridiculè potuerit Iureconſultus id monere. Quis enim neſcit in vltimis voluntatibus teſtatoris voluntatem eam eſſe quæ totum facit? *l. ſi mihi*

Digitized by Google

de aui materni ſucceſsione agitur alio iure cenſeri nepotes, & ſuccedere illos ex proprio capite non iure repræſentationis,& idcirco non in ſtirpes,ſed in capita quod Imperatores dicunt, *pro virili portione in l. 3. C. vnd. legit.* vbi quod additur, *etiam iure honorario* includit quidem ius ciuile quatenus ei ſolet opponi honorarium,at non ius illud ciuile vetus quod ſit ex lege 12.tab.ſed nouum ex ſupra relatis poſteriorum Imperatorum conſtitutionib. inductũ, & à Iuſtiniano tandem ſic immutatum vt hodie nulla ſit differentia ſiue de paterni, ſiue de materni aui ſucceſsione agatur, quemadmodum circa ius tranſmiſsionis iam antè Theodoſius conſtituerat vt aſcendentium omniũ hereditates in quoſcumque deſcendentes tranſmitterentur, *in l. vnic. C. de his qui ant. apert. tabul.* ſed omni caſu,& inter quoſcumque nepotes & pronepotes hereditas in ſtirpes non in capita diuidatur, *d. §. vlt. & Nouell.* 118. *de hered. ab inteſt. venient. cap.* 1. qua conſtitutione Iuſtinianus omnes ſuitatis & emancipationis,itémque agnationis & cognationis differentias ſuſtulit, quantum ad cauſam ſucceſsionis, ſolam intuitus rationem naturalem quæ ſanguinis iure aſcendentium omnium hereditates deſcendentibus omnibus pariter defert, ſicut & omnes pariter nepotes & pronepotes appellantur, quæ fuit iam olim ratio priorum Imperatorum in vetere iure corrigendo,vt idem Iuſtin. refert, *in d. §. item vetuſtas.* Itaque verum hodie eſt dicere, deſcendentes omnes ſuccedere aſcendentibus omnibus iure repræſentationis,&,quod neceſſariò conſequens eſt, in ſtirpes non in capita:atque ita abrogatam eſſe *d. l.* 3. *C. vnde legit.* quod non ſatis benè à noſtris obſeruatum videtur, qui eius legis ſententiam ſic interpretantur quaſi conſentiat cum nouo Iuſtiniani iure, *in dict. Nouell.* 118. Itémq; cũ eo, quod ſcriptum eſt *in l. inter* 11. *C. famil. erciſ.* inter filios & filias bona inteſtatorum parentũ p o virilibus portionibus æquo iure diuidi oportere. Aliud enim longè eſt de filiis,& filiabus tractare, aliud verò de nepotibus. ſi quidem in fil is & filiabus quoties plures ſimul ſuccedunt.non alia inter eos diuiſio hereditatis fieri poteſt quàm in viriles portiones, nempe quia cùm ſint omnes in primo gradu ſuccedunt ſemper ex propria perſona,numquam verò iure repræſentationis, quod graduum pluralitatem & diuerſitatem neceſſariò præſupponit, at inter nepotes poteſt facilè incidere dubitatio,an in capita ſuccedere debeant, an in ſtirpes, ſiue cum patruo concurrant aut cũ auunculo, vel cum amita, aut matertera, ſiue etiam inter ſe ſolos, nimirum quia & de illo dubitari poteſt,an cùm ſuccedunt videantur ſuccedere ex proprio capite,an iure repræſentationis. In quo varium,vt dixi ius fuit, nam cùm olim ex quo tempore facti erant capaces ſuccedendi auo materno tam ex conſtitutionibus Imperatorum quàm ex edicto prætoris ſuccederent iure proprio, & in viriles: hodie contrà ex Iuſtiniani conſtitutionibus ſuccedunt ſemper iure repræſentationis & conſequenter in ſtirpes, numquam in capita, quia nec vnquam ſuccedunt proprio iure. Quare non ſicut abrogatam eſſe dicimus *eam legem* 3. *Cod. vnd. legit.* quæ de nepotibus loquitur, ita poſſit quis dicere, abrogatum eſſe *d. l. inter*, quæ ad filios & filias tantùm, non etiam ad nepotes pertinet. Atque hæc quidem de aſcendentium legitima ſucceſsione dixiſſe ſufficiat. In tranſuerſalium, & vt loquuntur, collateralium ſucceſsionibus minorem res exigit tractationem. Nam ſicuti certiſsimum eſt tale fuiſſe ius vetus quod à temporibus legis duodecim tabularum ad tempora vſque conſtitutionis Iuſtiniani *in d. Nouell.* 118. obtinuit, vt ius repræſentationis lo-

Digitized by Google

cum in hoc ſucceſſionum genere nunquam haberet *d. l. 2. §. hæc hereditas D. de ſuis & legit. l. 3. C. de legit. hered.* Ita dubitari non poteſt quin poſt nouellam Iuſtiniani conſtitutionem ius repræſentationis inductum ſit quoties de patrui hereditate inter fratris prædefuncti filium & patruum ſuperſtitem contenditur, ita tamen vt vltra fratrum filios numquam porrigatur. Solus ille caſus dubitabilis eſt, ſi fratrum filii ſoli ſuccedant patruo, nec cum alio vllo patruo ſuperſtite concurrant. Sunt enim quàm plures qui hac parte ius vetus putent manere incorrectum, & fratrum filios ſuccedere in capita debere non in ſtirpes tanquam proprio non repræſentationis iure ſuccedentes. Quæ frequentior pragmaticorum noſtrorum & recentiorum interpretum ſententia eſt, à nobis tamen ſatis ſupérque confutata in ea forenſi diſceptatione quam multos ante annos edidimus poſt tractatum noſtrum De nummariis ſolutionibus, vt ſpecimen eſſet diſputationum forenſium, quas tùm meditabamur, & proſecuti haud dubiè fuiſſemus, niſi mutato in melius propoſito nouum Chiliadis huius inſtituendæ conſilium ſuſcepiſſemus.

ERROR TERTIVS.

De repræſentationis iure in fideicommiſſis. Ad l. heredes mei 57. §. cùm ita D. ad SC. Treb. & ad l. cùm pater 77. §. hereditatem filius de legat. 2.

HÆc verò cùm ita ſe habeant, quod ad cauſam legitimarum ſucceſſionum pertinet, quærendum nobis ſupereſt cum interpretibus noſtris, Quid ergo ſi non de aliqua hereditate legitima quæ ab inteſtato delata ſit agatur, ſed de iure ſuccedendi ex fideicommiſſo quod aut in teſtamento relictum ſit, aut in qua alia ſpecie vltimæ voluntatis? An ſimiliter dicendum erit ius repræſentationis locum habere: Præſertim verò ſi ponas agi de bonis quæ fuerint alicuius ex aſcendentibus aut etiam patrui? Sic putant plerique ex pragmaticis noſtris, ſed ex imperitioribus, Moti ex eo quod ſolent iuris interpretes docere ad *l. vlt. C. de verb. ſignific. & ad l. omnia 32. aliàs l. cùm ita §. in fideicommiſſo de legat.* 2. credendum eſſe in dubio teſtatorem velle ſe conformare, vt loquuntur, cum iure communi quod & Bart. tradit *ad l. heredes mei 57. §. cùm ita num. 4. D. ad SC. Trebell.* Ex eo namque inferunt pragmatici, Quibus ergo caſibus repræſentationis ius haberet locum ab inteſtato, iiſdem quoque admittendum eſſe vt locum habeat in fideicommiſſis, non etiam alio vllo. Proinde ſiue de alicuius ex aſcendentibus, ſiue de patrui hereditate inter fratrum filios cum patruo diuidenda ex cauſa fideicommiſſi certetur, habendam eſſe rationem repræſentationis, & inducendam diuiſionem in ſtirpes non in capita, quoniam & ab inteſtato idem obſeruaretur. Quod ſi ita eſt, conſequens fiet vt ſi pater hereditatem ſuam reſtitui iuſſerit filiis ſuis, & vnus ante diem fideicommiſſi cedentem ſuperſtitibus liberis & fratre deceſſerit, debeatur nepotibus iure repræſentationis fideicommiſſum quod ipſi filio ſi viueret deberetur. Atqui hoc falſum eſt, quia nemo vnquam ad fideicommiſſum

admitti

Digitized by Google

tam ex ſuo proprio capite, quàm ex parentum gradu ſuccedant. Vnde fit vt hoc etiam caſu diuidenda ſit ſucceſſio in ſtirpes non in capita, quamuis alioqui nulla ſubſit neceſſitas inducendæ repræſentationis inter eos qui in gradu pari ſunt, vt ſimul ſuccedant. Idque omnium aptiſſimè & apertiſſimè Iuſtinianus noſter expreſſit, *in §. cùm filius Inſt. de hered. quæ ab inteſt. defert.* Quòd ſi non de aſcendentis, ſed de patrui aut alterius tranſuerſalis ſucceſſione legitima tractetur, nemo neſcit diſtinguẽdum eſſe ius vetus à nouo. Iure ſiquidem vetere quod totis prudẽtum noſtrorum temporibus obtinuit, nullum in hoc ſucceſsionis genere fuit ius repræſentationis, ſed vt quiſque proximior erat ita remotioribus præferebatur, *l. 3. §. 1. D. de ſuis & legit.* At Iuſtinianus qui nihil penè intactum reliquit quod non peruerterit aut immutauerit, hoc quoque correxit inducto repræſentationis iure quoties fratris aut ſororis filius cum patruo vel amita, vel auunculo, vel matertera ſuccedit patruo vel amitæ, aut auunculo vel materteræ, ſed ita tamen vt vltra fratrum filios ius hoc non porrigatur, *Nouell. 118. de hered. t. quæ ab inteſt. d. fer.* vnde ſumpta eſt *Auth. poſt fratres C. de le. it. hered.* Vnde verò hæc inter aſcendentium, & tranſuerſalium ſucceſsiones differentia orta ſit pauci quærunt, pauciores ſciunt. Puto ego non aliunde illam, quàm ex lege duodecim tabularum deſcendere, quæ longè aliter de ſuis heredibus locuta eſt, aliter de agnatis. Nam de ſuis heredibus nihil aliud dixit, niſi quod ita demum hereditatem agnato proximo detulit, ſi ſuus heres nullus eſſet. Agnato autem non alij, quàm qui delatæ hereditatis tempore proximus inueniatur: qua dictione excludit apertè ius repræſentationis, cuius ſcilicet poteſtate fit vt etiam remotior cum proximiore ſuccedat. Neque enim fratris filius in eodem agnationis gradu eſſe poteſt quo frater, nec proinde ſi legem duodecim tabularum inſpicias cum fratre concurrere. At nepos ſuperſtes ex filio prædefuncto æquè ſuus eſt, atque eſſet pater ſi viueret, cùm perinde ſit in aui ſui paterni poteſtate, primúmque in cauſa ſucceſsionis locum obtineat, ex quo vno ius & nomen ſui heredis æſtimatur, *l. ſcripto 7. D. vnd. liber. l. ſi quis filio 6. de inuſt. rupt. l. ſi filius familias. 33. D. de teſtam. milit.* Nec quod alius etiam ſit ſuus heres qui vno gradu proximior eſſe videatur, ad rem facit: Non enim ſicut agnatus, ita ſuus quiſquam eſſe poteſt, niſi qui teneat primum gradum & tam ſuus eſt nepos ex filio prædefuncto quàm ſuperſtes ipſe filius, vnde factum eſt vt non dixerit lex 12. tab. *ſi ſuus heres proximus non erit*, quomodo adiecit, *agnatus proximus familiam habeto*, ſed ſimpliciter *ſi ſuus heres non erit.* Quòd ſi quis pergat quærere cur in ſuis heredibus filius ſubintret locum patris potiùs quàm in agnatis, præſertim cùm dici ſoleat neque in ſuis, neque in agnatis ſucceſſionem eſſe, *leg. 1. §. ſciendum D. de ſuis & legitim. §. placebat Inſt. de legit. agnat. ſucceſſ.* Reſpondebo fieri hoc ex vi & poteſtate ſuitatis quæ patris adhuc viui bona quodammodo addicit filio, *leg. in ſuis 11. de liber. & poſt. leg. 1. §. largius D. de ſucceſſ. edict.* atque ita facit vt ante patrem decedens filius ſuperſtite nepote, tranſmittat in nepotem ius ſuum quaſi iam ſibi quæſitum, quippe qui etiamſi ſuperſtes patri fuiſſet, nihil tamen niſi liberiorem rerum ſuarum adminiſtrationem præterea ſibi acquirere potuiſſet. Sed & cùm ſuitas, vt loquuntur, non minùs ſit fauorabilis patri cuius intereſt habere ſuũ heredem, quàm filio, non eſt patri

Digitized by Google

auferenda per mortem filij, quandiu alia perſona ſupereſt, in qua continuari poſſit, ſupereſt autem cùm ex filio præmortuo ſupereſt nepos neptiſve. Idipſum verò non aliter, quàm ſi nepos ſubintret in locum & gradum patris ſui vt poſſit primum, & proximum gradum tenere ſine quo non eſſet ſuus. Indéque nimirum fit vt nepos ex filia quæ futura erat ſua heres patri non ſuccedat in locum matris ſuæ prædefunctæ licèt eodem ſanguinis gradu contingat defunctum auum, quo contingeret ſi ex filio præmortuo nepos eſſet, ſcilicet quia non poteſt hic nepos fieri ſuus heres auo materno, cùm non aui materni, ſed patris ſui familiam ſequatur, cui & ſuus heres eſt, *l. pen. D. de liber. agnoſc.* Non enim idem duobus ſuus heres eſſe poteſt, vt nec heres ſimpliciter *dict. l. ſi filiusfamilias* 33. *de teſtam. milit. l. quod contra* 141. *§. vni duo de regul. iur.* Nec magis in matrum quàm in parentum maternorum hereditatibus obtinuit vt filius ſuccederet in locum patris, quia neque fœminæ habent ſuos heredes, *l. 4. §. ad teſtamenta D. de bonor. poſſ. contr. tabul.* neque ſui heredes eſſe qui per fœminas coniunguntur, vt neque agnati ſunt, ſed tantùm cognati quos lex 12. tabul. penitus ignorabat, *l. 1. D. vnd. cognat.* Ob eámque cauſam fuerunt neceſſariæ conſtitutiones Imperatorum, de quibus Iuſtinian. *in §. ſed cùm de S C O phit.* quibus inductum eſt vt ad ſimilitudinẽ filiorum filiarúmque nepotes & neptes ad auitæ ſucceſſionem vocarentur. Itémque aliæ quas idem Iuſtinianus refert *in § item vetuſtas* 15. *Inſt. de hered. quæ ab inteſt. defer.* per quas factum fuit vt nepotes ex filia, & pronepotes ex nepte poſſent ſuccedere auo vel proauo materno. Poſt quas conſtitutiones cœperunt quidem nepotes & pronepotes ſuccedere qui antea iure legitimo non vocabantur, ſed tantùm ex prætoris edicto tanquam cognati, at non iure repræſentationis, quomodo nepotes ex filio aut pronepotes ex auo præmortuo, ſed ex propria perſona tanquam vocati ex conſtitutionibus.

ERROR SECVNDVS.

De differentia paterni aut & materni cùm de repræſentatione agitur ad §. cùm filius Inſt. de hered. quæ ab inteſt. defer. & ad l. 3. C. vnd. legit.

ATQVE ita eſſe apparet euidentiùs etiam ex eo, quod Iuſtinianus fatetur *in fin. dict. Tit. de hered. quæ ab inteſt. defer.* inductum à ſe primùm fuiſſe, vt quemadmodum inter filios & nepotes ex filio antiquitas ſtatuerat non in capita ſed in ſtirpes diuidi hereditatem, ſimiliter diſtributio hereditatis fiat inter filios & nepotes ex filia vel inter omnes nepotes & neptes, & inter pronepotes & proneptes, & inter alias deinceps perſonas, vt vtraq; progenies matris vel patris auiæ, vel aui portionẽ ſine vlla diminutione conſequatur, vt ſi fortè vnus vel duo ex vna parte, ex altera tres aut quatuor extent, vnus aut duo dimidiam, alij tres aut quatuor alteram dimidiam hereditatis habeant. Hæc enim Iuſtiniani verba ſunt ſupradicto loco, ex quibus conſtat manifeſtiſsimè non niſi in aui & proaui paterni ſucceſsione olim obtinuiſſe vt inter deſcendentes fieret diuiſio hereditatis in ſtirpes, & conſequenter non inter alios fuiſſe locum repræſentationi quæ ſola diuiſionem in ſtirpes inducit, ob ídque de auo tantùm paterno loquitur Iuſtin. *in d. §. cùm filius*, vt intelligamus cùm de aui

Digitized by Google

admitti poteſt niſi ad quod ipſe ſit vocatus: Nemo autem dixerit vocato filio nepotes quoque vocatos videri cùm aliter filij, aliter nepotes appellentur *l. quid ſi nepotes 6. D. de teſtam. tutel.* Alioqui ſi quis cum teſtatoris filio ſuperſtite nepotes ex alio filio prædefuncto ad fideicommiſſum admitteret, inducenda eſſet diuiſio in ſtirpes quæ ab inteſtato locum haberet. Hoc verò quàm falſum ſit apparet potiſſimùm ex duobus reſponſis Papiniani, quorum alterum eſt *in dicta lege heredes mei §. cùm ita.* vbi ſic locuto teſtatore *fidei filiorum meorum committo vt ſi quis eorum prior ſine liberis diem ſuum obierit, partem ſuam ſuperſtiti fratri reſtituat: quòd ſi vterque ſine liberis diem ſuum obierit, omnem hereditatem ad neptem meam Claudiam peruenire volo*, & defuncto altero ſuperſtite filio, nouiſſimo autem ſine liberis, cùm quæreretur, an fideicommiſſum deberetur non liberis filij prædefuncti iiſdémque nepotibus teſtatoris, de quibus nec dubitatur, quin iis non deberetur, ſed nepti quæ poſtremo loco fuerat per fideicommiſſum ſubſtituta ſub ea condicione, ſi vterque filiorum ſine liberis decederet, admittit Papinianus ſolam neptem ad portionem integram nouiſſimi ſine liberis defuncti, quaſi ſola ea vocata, non etiam nepotibus ex filio prædefuncto, quamuis nepotes ex filiis prædilectos fuiſſe conſtaret non ex eo ſolùm quòd ſuſcepti eſſent ex prædilectis & heredibus inſtitutis, ſed ex illo etiam quòd in vtriuſque fideicommiſſi condicione poſiti fuiſſent, ad excludendam neptem ſi non vterque filiorum ſine liberis moreretur: nec eſt quod quis pro pragmaticis noſtris reſpondeat id fieri, quia teſtator fratri fideicommiſſum reliquerat non ſimpliciter, ſed cum adiectione illa *ſuperſtiti* cuius dictionis ea vis eſt ſecundum interpretes noſtros vt omne ius repræſentationis excludat. Eſſet enim bona reſponſio ſi obiectio fieret ex eo quod ibidem Papinianus ait, ceſſare primam ſubſtitutionem. At cùm fiat ex eo quod Papinianus admittit neptem ſolam ex fideicommiſſo ad partem integram nouiſſimi defuncti, & quidem ob rationem illam, quòd in fideicommiſſis voluntatem magis quàm verba teſtatoris ſpectari oporteat, non poteſt negari quin Papinianus ſenſerit, nullum in huiuſmodi fideicommiſſo locum eſſe repræſentationi, nec magis ex voluntate teſtatoris, quàm ex verbis teſtamenti, licèt ageretur de hereditate aui quæ ab inteſtato diuidenda fuiſſet æquis portionibus inter nepotem & neptem ſuperſtites ſi ſucceſſio inteſtati habere locum potuiſſet. Alterum eiuſdem Papiniani reſponſum æquè perelegans eſt *in lege cùm pater 77. §. hereditatem filius de legat.* 2. in cuius ſpecie filius à patre inſtitutus proponebatur ab eodem rogatus filiis ſuis cùm moreretur, vel cui ex his vellet, hereditatem reſtituere, & ait Papinianus condicionem fideicommiſſi ante filij mortem non exſtere, viriles autem inter eos fieri qui eo tempore vixerint, cùm de aliis, inquit, eligendi poteſtas non fuerit. Finge itaque vnum ex filiis qui tempore teſtamenti mortíſque teſtatoris ſupererant, poſtmodùm deceſſiſſe viuo adhuc eo qui fuerat rogatus, & ſuperſtitibus pluribus liberis, itémque fratre vno ſuperſtite, qui omnes ſuperuixerint grauato, tandem priùs quàm eligeret defuncto. Si admittimus ius repræſentationis in perſonis nepotum, vtique dicendum erit inuitatos eos ad fideicommiſſum, & quidem in ſtirpes non in capita, vt eam portionem conſequantur,

Digitized by Google

quam pater eorum ſi viueret conſequeretur. Atqui Papiniano placet eos, qui ad huiuſmodi fideicommiſſum admittuntur, non niſi in viriles partes vocari. Non ergo putat nepotes admitti poſſe iure repræſentationis. At ne quidem ex proprio capite cùm nullomodo fuerint vocati, ſed tantùm filij heredis grauati, quo filiorum nomine in teſtamentis non continentur nepotes, nec etiam in fauorabilibus *d.l.quid ſi nepotes.* Plus ait Papinianus filium eundémque heredem grauatum cui pater eligendi facultatem dederat, vt cui ex filiis ſuis vellet hereditatem reſtitueret, non ex aliis poſſe eligere, quàm ex ijs quos ipſe moriens ſuperſtites relinqueret, non ergo ex prædefunctis quemquam, neque ex ipſorum prædefunctorum liberis, tametſi facultas eligendi latiùs alioqui pateat, quàm ius ſuccedendi ex fideicommiſſo citra electionem, vt ex eo apparet, quod illo etiam caſu quo electione ceſſante proximiores præferrentur, poteſt tamen is qui electionem habet, aliquem ex remotioribus eligere vt in præcedentib. oſtendimus *ex l.vnum ex familia 67.§.1. de legat.2.l. heredes mei 57.§.vlt.D.ad SC.Trebell.* Caſtr. *ad d.l.omnia 32 aliàs l.cùm ita §. in fideicommiſſa de legat.2.* Igitur ſi nepos ex filio prædefuncto non poteſt habere ius repræſentationis ne quidem iuncto beneficio electionis, quanto minùs habebit, ſi fauor electionis non concurrat? Nullóne igitur caſu in fideicommiſſis locus erit repræſentationi? Ego verò contendo, ne quidem huic quæſtioni locum eſſe poſſe niſi is qui repræſentationis iure vult admitti, oſtendat ſe de numero eſſe vocatorum, ita vt de ſolo gradu ſit diſputandum. Semper enim prius eſt, vt qui fideicommiſſum petit doceat ſe vocatum, quàm quæri poſſit in quo gradu ſit vocatus. Denique hoc volo dicere, neminem poſſe ex ſolo iure repræſentationis fideicommiſſarium fieri, ſed ſi ſit ex numero fideicōmiſſariorum, poſſe locum fieri quæſtioni, an cum cæteris fideicommiſſariis, aut ante cæteros poſſit admitti. Quod & ante nos benè obſeruauit Socin. ſen. *conſ.14. in fin. vol.3.* relatus, probatúſque ab illuſtriſſ. D. Franciſco Mantica *lib.8. De coniect. vlt. volunt. tit.9.* Nec rurſus cùm is, qui repræſentationis iure nititur ad fideicommiſſum inuitatus eſt, ſemper fieri poteſt locus quæſtioni, ſiquidem is qui ipſe vocatus eſt non ſolet indigere iure repræſentationis vt ad fideicommiſſum veniat, ad quod ex propria perſona admitti poteſt. Et ſanè ita eſſe fatendum eſt, quoties ſic vocatus fuit, vt ſit etiam nominatus. Nominatio enim facit vt non inſpiciendum ſit in quo gradu proximitatis poſitus ſit fideicommiſſarius, ſed quo gradu & loco nominatus, *d.§.in fideicommiſſo l.cùm pater 77.§ penult. de legat.2.d.l.heredes mei 57.§.vlt. ad SC.Trebell.* Sed ſi vocatus ſit ſub nomine collectiuo apto comprehendere pluralitatem non modò perſonarum, ſed etiam graduum: tum verò demum quæſtio inſtitui poteſt, de iure repræſentationis, quia cùm negari non poſſit, quin is qui fideicommiſſum petit, ex numero ſit vocatorum, ſola ſupereſt illa dubitatio in quo gradu vocatio eſſe videatur: ſcilicet cùm graduum diſtinctio & obſeruatio neceſſaria eſt, vt qui priore gradu ſunt, priore quoque loco vocati intelligantur. Facit enim repræſentatio vt qui reuera in remotiore gradu conſtitutus eſt, priorem tamen occupare fingatur, atque ita vt admitti poſſit tāquam proximior, qui alioquin ſi non niſi ex propria veniret perſona, in totum excluderetur. Talia porrò nomina collectiua ſunt quàm plura ſed præcipua iſta *Suorum, Liberorum, Deſcendentium, Familiæ, Agnatorum* & *Cognatorum.* Quiſquis enim *ſuos* dicit aut *liberos*, aut *deſcendentes*, aut *familiam*, aut *agnatos*, aut *cognatos* plures exprimit non modò perſonas, vt ille qui *filios* diceret, ſed gra-

dus per

Digitized by Google

duæ perſonarum quia plures pluriúmque graduum perſonæ ſunt quæ ſingulis nominibus iſtis generalibus continentur, *d. §. in fideicommiſſo l. pronunciatio 195. §. familiæ l. liberorum 220. de verb. ſignific. d. l. heredes §. vlt. ad Trebell.* Itaque finge teſtatorem, qui filium heredem inſtituerit, eum rogaſſe, vt hereditatem liberis ſuis aut deſcendentibus, aut familiæ, aut agnatis, aut cognatis teſtatoris reſtitueret, huic verò heredi morienti ſuperſtites eſſe liberos, aut agnatos, aut cognatos diuerſorum graduum ex quibus aliquis vno gradu remotior velit concurrere cum proximiore per ius repræſentationis: Quæſtio erit, an ſit audiendus, videamus.

ERROR QVARTVS.

De repræſentatione in fideicommiſſo relicto pluribus ſub nomine collectiuo.

MIHI ſanè placebat aliquando ea diſtinctio quam ſuprà dixi ab interpretibus noſtris magis communiter probatam eſſe, vtrum de eo fideicommiſſo agatur quod relictum ſit ab aſcendente aliquo non heredis ſed teſtatoris (iam enim oſtendimus in præcedentibus ſpectandam eſſe proximitatem teſtatoris non heredis, quia per fideicommiſſum ſucceditur teſtatori non heredi) aut etiam à patruo vel ab auunculo, aut ab amita vel à matertera: An verò ab alio tráſuerſali remotiore, vt priore caſu locus ſit repræſentationi, poſteriore non item: quoniam ſcilicet ab inteſtato quoque eadem diſtinctio locum haberet, vt voluntatem teſtatoris in dubio ſecundum ius commune interpretemur, quemadmodum & ius ipſum commune non alia meliore ratione nititur, quàm veriſimili voluntate patrisfamilias, qui cùm teſtamentum facere poſſet maluit mori inteſtatus. Ac quamquam non deſunt multi qui contrà putent generaliter & indiſtinctè, numquam fratris filium in fideicommiſſis ſuccedere iure repræſentationis, Baldum ſecuti, qui ſententiæ iſtius autor primus & præcipuus fuit ad *d. §. in fideicommiſſo*, Ratio tamen qua mouentur, quod in fideicommiſſis inſpiciatur adfectio teſtatoris, non vt in ſucceſſionibus ab inteſtato, diſpoſitio iuris, non alio caſu videtur mihi vrgere, quàm quo teſtator fideicommiſſum certæ perſonæ, aut certo gradui nominatim reliquerit, puta ſi reliquerit fratri. Tunc enim admitto præſumi maiorem adfectionem erga fratrem, quàm erga filium fratris, nec poſſe vllo caſu fratris filium dici fratrem. Sed cùm teſtator fideicommiſſum reliquit agnatis, quo nomine conſtat perinde fratris filium atque fratrem ipſum contineri, tentari poteſt non maiorem videri eum habuiſſe adfectionem erga fratrem quàm erga filium fratris, cùm credendus ſit voluiſſe potiùs, vt eo ordine agnati ex fideicommiſſo ſuccederent, quo poſſent ſuccedere ex lege & ab inteſtato, cùm eos vocauerit ſub nomine legitimo, & agnatorum, perinde atque lex ipſos vocat. Et quamuis ordo charitatis faciat, vt qui fratrem habet, eiuſdémque fratris filium, maiore ſtudio & amore fratrem, quàm fratris filium proſequatur, vel ob hoc ipſum quòd fratris filius vno gradu remotior eſt. Non idem tamen eſt in eo qui fratrem habeat, &

Digitized by Google

alterius fratris prædefuncti filium quem nos ex fratre nepotem vulgò appellamus. Hic enim quemadmodum ambos fratres quandiu vixerunt æquè dilexit, & diligere debuit ſi nihil niſi ordinem charitatis & adfectionis naturalis conſideres, ita prædefuncto altero credendus eſt in filium eius ſuperſtitem eandem transferre adfectionem, qua patrem viuum proſequebatur, ne alioqui eueniat vt miſer fratris filius amiſſo patre patruum quoque hoc ipſo amiſiſſe intelligatur, quem potiùs exinde incipere debeat habere pro patre, ſi iis credimus qui patruum ex eo dictum volunt, quòd ſit velut alter pater, materteram quòd ſit altera mater, ſicut & fratrem quòd ſit ferè alter idem. Quando enim aptiùs & conuenientiùs dici id poſſit, quàm cùm verus pater nullus ſupereſt, aut nulla vera mater? Neque verò alia æquitatis ratione, aut potiùs alio colore moueri potuit Iuſtinianus vt nouella illa ſua conſtitutione ius repræſentationis daret filiis fratrum ſi quando de patrui hereditate cum patruo ſuperſtite decertarent. Cùm igitur quod à Iuſtiniano in hac ſpecie conſtitutum eſt de iure repræſentationis aduerſus iuris veteris rationem, ex veriſimili adfectione patrui erga fratris filium proficiſcatur, Nemo vtique poſſit inferre cum Baldo, aliud igitur in fideicommiſſis dicendum eſſe, ob id ſolùm quòd in fideicommiſſis ſpectanda ſit potiſſimùm adfectio teſtatoris: ſed tamen vt contrà nunc ſentiam, nullo penitus caſu locum eſſe repræſentationi in fideicommiſſis, ne quidem inter deſcendentes, mouet me autoritas legum omnium quæ loquuntur de huiuſmodi fideicommiſſo familiæ relicto, in quibus video ſcriptum ſeruandam eſſe graduum diſtinctionem, vt is demùm præferatur qui proximior eſt in gradu. Sic enim Papinianus in *l. peto 69. §. fratre de leg. 2.* illis verbis *ita res temperari debet vt proximus quiſque primo loco videatur inuitatus* & Iuſtin. *in d. l. vlt. C. de verb. ſignific.* cùm ait, *& hoc videlicet gradatim fieri.* Sunt enim iſta planè contraria, & quæ ſimul ſtare non poſſunt vt ſuccedatur ex fideicommiſſo ſecundum diſtinctionem graduum, & vt ſuccedatur iure repræſentationis, cùm repræſentatio diſtinctionem graduum tollat. *Auth. poſt fratres 1. & 2. C. de legit. hered.* Sed omnium maximè mouet me Modeſtinus, *in d. §. in fideicomm ſſo.* vbi ait præferri eos qui primo gradu procreati ſunt, quo verbo *procreati* ſignificat, vt ita dixerim, naturalitatem quandam, quæ per fictionem repræſentationis nec tolli poteſt nec induci. Is enim demùm poteſt repræſentationis iure ſuccedere qui in remotiore gradu procreatus eſt non qui in proximiore. Nec rurſus repræſentatio fingit aut fingere poteſt, eum qui in remotiore gradu procreatus eſt, eſſe procreatum in proximiore, ſed facit tantùm vt ſubintret in locum & gradum eius qui procreatus erat in priore, quæ fictio nihil commune habet cum ipſa procreatione, & natiuitate. Denique ſi verum eſt quod iidem interpretes volunt, quemadmodum ſequenti capite dicemus, Non eſſe locum repræſentationi ſiue teſtator ipſe ſubſtituerit proximiores, ſiue additis iis verbis *ſalua gradus prærogatiua.* Cur aliud eſſe volumus ſubſtituta ſimpliciter familia, cùm hoc etiam caſu proximiores inuitatos & ſaluam gradus prærogatiuam eſſe prudentes velint? Cur aliter legum, aliter verò teſtatoris verba interpretamur? Illud certè nullomodo ferre poſſum, vt fratris filius cum patruo ſuperſtite concurrat in fideicommiſſo per alium patruum relicto. Iuſtiniani

enim

enim conſtitutio quæ ius hoc nouum toti Iuriſprudentiæ antiquæ incognitum induxit, de ſola ſucceſſione inteſtati locuta eſt, non etiam de fideicommiſſis, in quibus proinde ius vetus manſit incorrectum: nec enim alia hodie eſt voluntas teſtatoris fideicommiſſum relinquentis familiæ, quàm quæ Modeſtini temporibus erat ſimili fideicommiſſo relicto: quia nec ſenſus verborum immutatus eſt, neque aliud quicquam præter ius ſuccedendi ab inteſtato. Cùm olim ius repræſentationis non haberet locum ne quidem inter deſcendentes, niſi in ſuis heredibus, cuius tamen ſuitatis certum erat nullam haberi poſſe rationem in fideicommiſſo, non ſuis heredibus ſed familiæ relicto. *d.l.peto.§.vlt.* vbi dicitur etiam emancipatos admitti. Sed & me illud non parum mouet quod video fieri non poſſe vt cùm de huiuſmodi fideicommiſſis quæritur, idipſum obſeruemus quod in ſucceſſione inteſtati ſeruaretur, ſiue de aſcendentium, ſiue de patrui bonis tractemus. Conſtat enim fideicommiſſum quod familiæ relinquitur non alios inuitare, quàm qui eo tempore ſint proximiores quo fideicommiſſi condicio exiſtit: Cùm talia fideicommiſſa vt plurimùm condicionalia ſint, vel hoc ipſo quod relinquuntur poſt mortem grauati vt ſuprà diximus, in diſpoſitionibus autem condicionalibus nemo dubitat, quin condicionis tempus inſpiciendum ſit, non diſpoſitionis aut mortis teſtatoris *l.intercidit* 59. *l.eum qui poſt* 104. *De condit. & d. monſtr. d. l. cùm pater* 77. *§.hereditatem filius* 4. *De legat.* 2. At in ſucceſſione inteſtati inſpiciendum eſſet tempus mortis, aut ſaltem delatæ legitimæ hereditatis, & cùm patremfamilias inteſtatum deceſſiſſe certum eſt *l.* 2. *§. proximum D. de ſuis & legit.* Non ergo fieri poteſt vt qui fideicommiſſum familiæ ſuæ relinquit videatur cogitare de iis ipſis vocandis, quos lex ad inteſtati ſucceſſionem vocaret, ac eo ipſo ordine: Cùm inter tempus delatæ ſucceſſionis legitimæ & tempus euenientis condicionis fideicommiſſi poſſint plerique mori *d.§.hereditatem l.Statius* 48. *§.Cornelio D.de iur.fiſc.* Poſſétque noſtrorum traditioni locus fieri eo demùm caſu quo teſtator aliquis tam ſtultus reperiretur qui ea bona quæ vellet familiæ relinquere, extraneo ipſe legaret cum onere fideicommiſſi purè ſtatímque reſtituendi familiæ. Nam qui elegit vnum ex familia, cur eum grauet vt ſtatim bona illa reſtituat familiæ? An non perinde manebunt in familia etiamſi non niſi poſt mortem ſuam reſtituere rogatus ſit ille qui eſt de familia?

Digitized by Google

ERROR QVINTVS.

De repræſentatione quæ habet adiunctam tranſmiſſionem.

HInc verò alia etiam ratio ſuboritur, quæ ius hoc repræſentationis excludit, illa nimirum, quòd ſi repræſentatio in fideicommiſſis quoque locum haberet, conſequens fieret vt fideicommiſſi condicionalis tranſmiſſio aduerſus omnes iuris regulas induceretur *l. ei cui 42. de oblig. & actio.* Quid enim effectu ipſo intereſt, an eo, qui ad fideicõmiſſum condicionale inuitatus fuerat, ante grauatũ defuncto, admittamus filium eius ad fideicõmiſſi petitionẽ iure trãſmiſſionis, an iure repræſentationis? An nõ vtroq; caſu tantundem cõſequitur? Nam ſi dicas in hoc eſſe differentiam, quod tranſmiſſio prodeſſet etiam illi qui ipſe non eſſet vocatus, Repræſentatio autem quam dant interpretes in fideicommiſſis, cùm de bonis aſcendentis agitur, non alij accommodatur, quàm qui ipſe vocatus probetur; Facilè replicabo, poſſe perinde fieri, vt tranſmiſſionis ius ſibi vindicare velit aliquis ex iis qui vocati ſunt, vt ſcilicet vel cum proximioribus concurrat, à quibus alioquin anteuerteretur, vel iis qui in eodem gradu conſtituti ſunt præferatur, qui alioquin cum eo concurrerent. Finge teſtatorem inſtituto fratre, & exheredatis Titio ac Sempronio liberis ſuis ſiue bona, ſiue mala mente, ſubinde rogaſſe fratrem vt poſt mortem ſuam bona reſtitueret eiſdem Titio ac Sempronio & familiæ. Tum viuo adhuc herede Titium deceſſiſſe, ſuperſtite fratre Sempronio, ſuperſtitibus item liberis: Certum eſt Titij liberos ad hoc fideicommiſſum vocatos eſſe cùm ſint ex familia, neque tamen poſſe fideicommiſſum petere proprio iure & ex propria perſona, quandiu Sempronius viuit, & quidem duplici ratione: quarum prior illa eſt, quod Sempronius eos antecedit vno gradu, altera quòd nominatim ille vocatus eſt, qua de cauſa etiamſi poſterior eſſet in gradu, præferri tamen deberet, *d. §. in fideicommiſſo*, etſi etiam ceſſante hac poſteriore ratione prior ſufficeret. Quis tamen dixerit admitti eos debere iure tranſmiſsionis ob id ſolùm quòd fuerint & ipſi vocati? Longè ſiquidem plus poſſet tranſmiſsio quàm vocatio, quia faceret vt tanquam tranſmiſſarij concurrerent cum patruo, cum quo tanquam vocati concurrere non poſſent. Cur ergo eos potiùs admittemus iure repræſentationis? An fortè quia tranſmiſſio ſit odioſior? Imò fauorabilior eſt, repræſentatio enim fingit id quod non eſt, Tranſmiſsio autem fit eius iuris quod iam eſt vel in re, vel ſaltẽ in ſpe, vt cernere eſt in tranſmiſsione legati ſiue purè, ſiue in diem certũ relicti, adeóque ſtipulationis condicionalis, *l. 5. §. 1. & paſſ. D. quand. dies legat. ced. §. ex condicionali Inſt. de verb. obligat.* Deinde in ipſis quoque aſcendentium hereditatibus hoc euenit vt latiùs pateat ius trãſmiſsionis, quàm repræſentationis. Iã enim oſtẽdimus, ante Iuſtiniani tẽpora ius ita fuiſſe vt in ſuis dũtaxat heredib. repræſentatio locũ haberet, cùm tamẽ in cæteris aſcendẽtiũ hereditatib. haberẽt deſcendentes ius tranſmiſsionis poſt cõſtitutionẽ Theodoſianã, quæ extat *in l. vnic. C. de his qui ant. apert. tabul.* Cur ergo magis admittemus Titij liberos ad fideicõmiſſum condicionale, quod & patri & patruo ipſorum, & ipſis quoq; fuerat relictũ, vt in bonis aui ſuccedãt per ius repræſentationis, quàm vt iure trãſmiſsionis? Aut quid iis nocebit iuris ratio, quæ tranſmiſsionis viam præcludit, ſi cũ interpretib. facias vt pateat iis via repræſentationis?

cùm

Digitized by Google

cùm ius repræſentationis etiã in ſuis heredib.non niſi ex iure tranſmiſsionis naſci videatur ſecúdũ ea quę de ſuitatis poteſtate diſputauimus cap.ſuperioribus. Addamus, quod fortius eſt, illo etiã caſu quo deſcendentibus cõceſſum fuit, vt aſcendentium ſuorum hereditates tranſmittant ad alios deſcendentes, non æquè tamen illud etiam aut conſtitutum aut receptum eſſe, vt ſi aliquod iis fideicommiſſum ſub condicione relictum ſit ab aliquo ex aſcendentibus, poſsint id tranſmittere ad ſuos deſcendentes: ita enim omnes noſtri & rectè *ad dict. l. vnic.* reprobata ſententia Accurſij qui contra ſcripſit, *ad d. l. is cui 42. de oblig. & action.* Si ergo ius tranſmiſsionis fauorabiliter inductũ in aſcendẽtium hereditatibus, porrigi tamen non poteſt ad fideicommiſſa cõdicionalia etiam quæ ab aſcendentibus fuerint relicta, quis ferat ius repræſentationis, quod minùs fauorabile eſt propter adnexã fictionis & mendacij notam porrigi ad fideicõmiſſum condicionale relictũ ab aſcendente, ob id ſolũ, ꝙ inductũ fuerit à Iuſtiniano in caſũ legitimæ ſucceſsionis ab inteſtato? Hinc nimirum intelligimus quemadmodum nihil commune, ita nec quicquã ſimile habere ius ſuccedendi ab inteſtato cũ iure ſuccedendi ex fideicõmiſſo. Fiet autẽ fortior hæc noſtra ratio, ſi mecum perpendas tranſmiſsionem illã Theodoſianam, licèt ab interpretibus noſtris ſanè quàm audacter protracta ſit ad ſucceſsiones inteſtatorũ, verbis tamen ipſis conſtitutionis non niſi in ſucceſsionibus teſtamentariis inductã fuiſſe, ideóq; tantò faciliùs ad fideicõmiſſa condicionalia porrigi potuiſſe, quanto propiùs accedit illa ad cauſam teſtamentariæ ſucceſsionis, tũ quoq; cùm extra teſtamentũ, puta in codicillis ſiue ex teſtamẽto, ſiue ab inteſtato factis relicta ſunt: omni enim caſu pendẽt ex patriſfamilias voluntate ac diſpoſitione & quidem expreſſa, in quo maximè differunt à legitima inteſtati ſucceſsione, quæ tacitam duntaxat patriſfamilias volũtatem habet, nec eam ſemper puta ſi inteſtatus deceſſerit is, qui teſtamentũ facere voluit nec potuit vt alios ſibi eligeret heredes, quã quos lex ei ab inteſtato datura eſſet, *l. conficiuntur 8. §. codicilli D. de iur. codicill.* Cur ergo magis licebit argumẽtari à legitimis aſcendentium hereditatibus ad fideicommiſſa condicionalia ad inducendum ius reprẹſentationis, quàm à teſtamentariis ad inducendum ius tranſmiſsionis? Neque verò vnquam auditum eſt, ſi de teſtamentaria alicuius ex aſcendentibus hereditate agatur, dandum nepoti ius repræſentationis, vt poſsit ex teſtamento ſuccedere tanquam inſtitutus in ea ipſa portione hereditaria, ex qua pater eius fuiſſet inſtitutus. Alioqui fruſtra Gallus Aquilius tantopere laboraſſet in excogitanda formula inſtituendi poſthumi nepotis, quẽ idcirco Aquilianũ appellamus: fruſtra etiã lex Vellea, de inſtitutione nepotis Velleani, fruſtra deniq; Iureconſulti induxiſſent neceſsitatẽ illam cauſatiuã, vt noſtri vocãt, inſtituẽdi nepotis iã nati, etiam qui teſtamenti tempore à filio anteuerteretur, ne ſi contingeret eum in ſui heredis locũ viuo teſtatore ſuccedere, teſtamẽtum quaſi agnatione ſui heredis rumperetur, *l. poſthumorum 14. de iniuſt. rupt.* Potuiſſet enim ius repræſentationis ſufficere, ſi in cauſa teſtamẽti, etiã tùm cùm de aui hereditate agebatur, locum habere potuiſſet. Quòd ſi ius repræſentationis non habet locũ in teſtamentariis hereditatib. aſcendentiũ, ne quidem fauore ſuorum heredum, ita vt faciliùs patiatur legiſlator rũpi teſtamentum, quãuis alioqui per ſe fauorabiliſsimum, quàm induci hanc abſurditatem, tametſi ab inteſtato aliud ſemper obtinuiſſet, cur volumus ſucceſsionem ex fideicommiſſo fortaſsis teſtamentario cõparari hac parte ſucceſsioni legitimę,

Digitized by Google

potius quàm teſtamentariæ? Et verò non quemadmodũ lex ſubſequitur voluntatem ciuis Romani ſiue teſtatus ille ſit, ſiue quam aliam vltimæ voluntatis ſpeciẽ etiam ab inteſtato condiderit, ita poteſt dici teſtatorem aut eum qui ab inteſtato quoq; voluntatẽ ſuá quoquomodo declaret ſubſequi voluntatem legis. Quid enim attinet ſupremum elogium condere, ſi nihil aliud quis facere velit, niſi quod etiam tacente ipſo lex factura erat? De quo memini aliàs me ſcribere plurib. in interpretatione, *l. pen. de legat.* 1. Itaq; cùm negamus in fideicommiſſis locum eſſe repræſentationi, ſiue de aſcendentium, ſiue de tranſuerſalium bonis diſputetur, non ad teſtatoris adfectionem referenda cauſa eſt, vt à Baldo factum fuit, & ab aliis, qui Baldũ ſecuti ſunt, ſed ad meram iuris rationem, quæ pluribus ſub nomine collectiuo ad eadem bona vocatis ſiue ab homine, ſiue à lege, graduum diſtinctionem ſeruari vult vt qui proximior eſt præferatur cæteris. Ad quid enim graduum obſeruatio & diſtinctio apud Iureconſultos, niſi vt ſciatur ordo ſucceſſionis, ſiue ex teſtamento, ſiue ab inteſtato, *l. Iuriſconſultus* 10. *& tot. tit. D. de gradib. & adfin.* niſi ſi quo caſu aliter nominatim cautum eſt, quod in hereditatibus legitimis aliquot caſibus, & pro temporum varietate aliter atque aliter conſtitutum, at in teſtamentariis numquam receptum eſt, in fideicommiſſis verò ſiue ex teſtamento, ſiue ab inteſtato relicta proponantur, multò minùs.

ERROR SEXTVS.

De coniecturis quæ in fideicommiſſis ius repræſentationis impedire creduntur.

NON erit nobis difficile eas agnoſcere & adprobare coniecturas, quas pleriq; ex interpretibus noſtris adferre ſolent, vt in fideicommiſſis excludant ius repræſentationis quod alioquin admitterent. Cùm enim ius hoc repræſentationis nullo penitus caſu recipiendum eſſe arbitremur, ne quidem, quod magis mirêre, ſi teſtator idipſum expreſſim diſpoſuerit, cùm eo caſu poſſint & debeant remotiores cum proximioribus concurrere iure proprio, & citra beneficium repræſentationis, quòd ad eos tametſi in remotiore gradu conſtitutos teſtator voluntatem ſuam extenderit, vt ſcriptum eſt *in l. omnia* 32. *aliàs l. cùm ita § in fideicommiſſo de legat.* 2. facilè patimur vt qui cõtra nos ſẽtiũt, mutẽt ſentẽtiã vel ex minima volũtatis cõiectura, quá ſufficere putẽt ad cõmentitiũ ius iſtud repræſentationis excludendũ. Prima verò coniectura illa adfertur, ſi teſtator per fideicõmiſſum ſubſtituerit liberos, aut agnatos, aut cognatos ſuperſtites, quaſi eo nomine, *ſuperſtitum*, ij tantùm cõprehendantur, & vocati intelligantur qui ex propria perſona poſſint admitti, ſi ſint ipſi ſuperſtites, nõ etiã qui in præmortuorũ locum ſucceſſerint, quomodo ſuccedere illos neceſſe eſt, qui velint admitti iure repræſentationis. Sic. n. illuſtriſſ. Cardinalis D. Franciſcus Mãtica *lib.* 8. *de coniect. vlt. volunt. tit.* 9. *n.* 5. poſt Curt. iun. *conſ.* 57. *n.* 9. Pariſ. *conſ.* 37. *n.* 50. *in fi. & ſeq. & n.* 70. *vol.* 2. Corn. *conſ.* 182. *n.* 6. *vol.* 2. Addens tamẽ ita temperandá eſſe hác cõiecturá, niſi teſtator ſubſtituerit ſuperſtites eo ipſo modo quo eſſent ſucceſſuri ab inteſtato, ex Decio *conſ.* 79. *n.* 1. & hoc ipſum quoq; niſi aliud appareat ex voluntate teſtatoris, vt tractat idem Pariſ. *dict. conſ.* 37. *num.* 53. *in fin. vol.* 2. Secunda coniectura eſſe creditur, ſi teſtator ſubſtituerit his verbis *prædictos eius heredes*. Idẽ Mátic. *n.* 6. ex Curt. iun. *conſ.* 58. *n.* 2. *ver. præmiſſo*, & Ant. Gabriel. *cõcl.* 3. *n.* 9. *de fideic. lib.* 4.

Digitized by Google

lib. 4. Videntur enim ſupradictis verbis ij ſoli vocati qui nominati fuerunt in inſtitutione, non etiam qui in locum gradúmque illorum ſucceſſerunt, quia nominatio eſt quid ſpecialius, quàm vt poſſit induci aut ſuppleri per repræſentationem, quę quoties locum habet facit quidem vt qui in remotiore gradu reuera eſt, videatur conſtitutus in proximiore, ſed non illud etiam vt qui nominatus nullomodo fuit haberi debeat pro nominato. Alioqui dicendum erit nominato eo, qui fratrem habuerit eiuſdem gradus ſed non nominatum, & defuncto ante diem fideicommiſſi cedentem ſuperſtitibus liberis, itémque ſuperſtite fratre, præferri debere prædefuncti nominati liberos tanquam & ipſos nominatos, quoniam & pater eorum ſi viueret præferretur tanquam nominatus fratri non nominato, quod tamen abſurdum eſſet. Inauditum enim eſt vt repræſentatio accommodetur remotiori in gradu ad hoc vt is pręferatur proximiori, cum quo ſatis eſt quod remotior poſſit concurrere, qui ab eo alioquin excluderetur. Tertia cõiectura eſt, cùm teſtator in primo gradu inſtitutionis magis dilexit filios quàm nepotes quos non nominauit. Nam ſi poſtea ſubſtituat in hæc verba *eóſque & eorum filios inuicem ſubſtituo* dicendum eſt inquit Mantic. vbi ſuprà *nu.* 7. quòd ſicuti magis dilexit filios eos inſtituendo, ita etiam ſubſtituendo magis eos dilexiſſe videatur, vt vno eorum moriente alter frater potiùs admittatur tanquam magis dilectus, quàm nepotes qui fuerunt minùs dilecti: quomodo reſpondit ex facto Curt. iun. *conſ.* 22. *nu.* 8. *& ſeqq. & nu.* 11. *& conſ.* 161. *nu.* 7. Car. Ruin. *conſ.* 101. *nu.* 21. *vol.* 2. Quarta eſt ſi filij ſubſtituti ſint nominatim expreſſo nomine proprio vel appellatiuo, nepotes autem non niſi generaliter ſub nomine aliquo communi, veluti ſi teſtator ſubſtituerit *filios & deſcendentes*, nam ſpecialiter ſubſtituti debent præferri, idem Mantic. *vbi ſupr. nu.* 8. *ex d. §. in fideicommiſſo & l. heredes mei* 57. *§. vlt. ad SC. Trebell.* poſt Curt. iun. *d. conſ.* 161. *nu.* 7. *verſ. ex præmiſſis & in l.* 2. *nu.* 14. *C. de ſucceſſ. edict.* Pariſ. *conſ.* 18. *num.* 66. *&* 72. *vol.* 2. *& conſ.* 37. *nu.* 49. *verſ.* 5. *&* 7. Quinta coniectura eſt, ſi nepotes non erant nati, neque concepti tempore mortis teſtatoris, quaſi non poſſint iſti iure repræſentationis venire ad ſucceſſionem aui quem nullo vnquam cognationis iure tetigerunt, *ex l. Titius* 9. *ff. de ſuis & legit. l.* 1. *§. ſi quis proximior ff. vnd. cognat. l. ſi cognatis de reb. dub.* Bald. *con.* 488. *vol.* 3. Huiuſmodi enim nepotes poſt aui mortem concepti non tam propriè quàm abuſiuè nepotes dicuntur *l. item prætor* 9. *de ſuis & legit.* & quamuis non defuerint, qui contrà ſenſerunt, quos refert idem Mantic. *nu.* 11. In hoc tamen magis communiter noſtri cõſentiunt vt ſi concepti poſt mortem aui contendant cum patruis aut cum alijs nepotibus, qui fuerint ſuperſtites iam eo tẽpore quo auus moreretur, poſtponi debeant, neque aut ex propria perſona, aut iure repræſentationis poſſint ſuccedere, tanquam minùs dilecti, quàm qui à teſtatore & cogniti & dilecti fuerunt vt concludit illuſtriſſ. Mantic. *d. nu.* 11. ex Curtio iuniore *d. conſ.* 57. *nu.* 11. *&* 12. *& conſ.* 58. *n.* 5. *&* 6. Sextã coniecturã addũt plerique ſi eo tẽpore quo deceſſit teſtator de cuius fideicõmiſſaria ſucceſſione tractatur ſuperuixerit pater eorum, qui in eius locũ poſtea defuncti voluit ſubrogari: Nã nec aliter locus eſt repręſentationi tùm quoque cũ ab inteſtato ſucceditur, quã ſi viuo eo de cuius hereditate agitur mortuus fuerat pater, ex cuius perſona ius repręſentationis prætẽditur. *auth. poſt fratres* 1. *C. de leg. t. hered.* Iaſ. *inter conſil. Rubei.* Alex. *conſ.* 37. *nu.* 3. quem refert Mãtic. *nu.* 12. vbi tamen ſubiungit nõ probari ſibi hanc ocniecturam, quòd alia ſit ratio ſucceſſionis inteſtati quæ defertur purè per legẽ ſtatim atq; certũ eſt patremfam. inteſtatũ deceſſiſſe *l.* 2. *§. proximum ff. de ſuis & legit. hered.* Alia verò fideicõmiſſi condicio-

Digitized by Google

nalis in quo ſpectandum potiùs eſt tempus euenientis condicionis, quo demum tempore dies fideicommiſſi cedit *l.vnic.§ ſin autem aliquid ſub condicione Cod.de caduc.tollend. l.ſi iterc idit 59.l.ſi quis poſt 104.de condic.& demonſtr.* niſi proponas teſtatorem ſubſtituiſſe proximiores cum adiectione illa *meos* propter quam neceſſe eſt eum qui fideicommiſſum petat proximiorem fuiſſe mortis tempore vel verè vel interpretatiuè, vt in ſpecie reſpondit Bald.*conſ.* 488.*vol.*3. Septima coniectura illa adfertur, ſi teſtator ſubſtituerit ſalua gradus prærogatiua. In hoc enim caſu vix quiſquam dubitat, quin ius repræſentationis omnino excluſum intelligi debeat *ex Auth.defuncto* vbi Caſtrenſ. *nu.* 3.*C.ad SC.Tertyll.*Dec.*conſ.*1.*nu.*6.& *conſ.*408.*in princip.& in fi.& num.*12.Curt.iun.*conſ.*154.*num.*9. Didac.Couarr.*pract.quaeſt.cap.*38.*nu.*4.cum aliis plerisque citatis per Mantic. *vbi ſuprà nu.*9.Niſi, inquit ille, teſtator dixerit ſalua gradus prærogatiua & ſeruato ordine ſucceſſionis ab inteſtato vel à iure tradito. Ex Decio *conſ.*79.*poſt num.*1.quem refert ac ſequitur Didac.*d.c.*38.*nu.*4.*verſ.*8. Octaua & poſtrema coniectura eſt ſi teſtator ſubſtituerit expreſſim proximiores: quaſi expreſſio iſta omnem excludat fictionem, & conſequenter repræſentationem quæ nihil niſi fictio eſt, cùm in fideicommiſſorum verbis interpretandis veritatem non fictionem attendi oporteat *l. fideicommiſſum* 71. *de condic.& demonſt. l.Statius Florus* 48.*§.Cornelio Felici D.de iur.fiſc.* Ac quamquam plerique magnæ inter noſtros autoritatis viri contrà putarunt, inter quos Bald.*d.conſ.*488.*vol.*3. Alex.*conſ.*137.*nu.*1.*in fin.verſic.præterea reperio lib.*2. Iaſ. *conſ.* 159. *lib.* 4. frequentior tamen noſtrorum ſchola coniecturam iſtam probat niſi ex fortioribus coniecturis conuincatur, vt loquitur Mantic. *nu.* 10. poſt Didac.*d.ca.*38.*num.*4.*in verſ.*3. & Roland.à Vall.*conſ.*38.*num.*33.*verſ.verum quia multi*. Et hæc quidem ſunt, quæ ex communiore interpretum noſtrorum ſententia in hanc rem diſputari poſſunt. Nos verò etſi facilè admittimus iſtas omnes coniecturas, qui nullo prorſus caſu repræſentationem in fideicommiſſis agnoſcimus, multa tamen in huiuſmodi traditione obſeruamus, quæ ſuppoſito interpretum errore, de repræſentationis iure quibuſdam caſibus etiam in fideicommiſſis inducendo, ſuſpecta falſáque non immeritò videri poſſint. Dicemus nonnulla breuiùs quæ ad ſex priores coniecturas pertinent. De reliquis duabus, quoniam maioris momenti ſunt, fuſiùs poſtea dicturi. Ergo quod ad primam pertinet, quæ illa eſt, ſi teſtator cùm plures ſub nomine collectiuo inuitauit ad fideicommiſſum, eos ſubſtituerit adiecto nomine ſuperſtitum, dico videri eam potentiorem ad impediendum ius tranſmiſſionis eo caſu quo alioquin poſſet tranſmiſſio fideicommiſſi cōdicionalis habere locum ex tacita voluntate teſtatoris (iuxta opinionem aliam interpretum noſtrorum quæ à nobis æquè vt erronea ſuperiore Hemiſchiliade confutata eſt) quàm ad impediendum ius repræſentationis. Nec enim fieri poteſt vt non ſint ſuperſtites qui fideicommiſſum petunt iure repræſentationis, licèt præmortui ſint illi, quomodo præmortuos eſſe neceſſe eſt, in quorum locum gradúmque ſuccedunt. In eóque differt tranſmiſſio à repræſentatione, quòd illa reſpicit fauorem & perſonam tranſmittentis, hæc verò perſonam repræſentantis. Tranſmittit qui eſt in proximiore gradu, repræſentat qui eſt in remotiore, ideóque facilius eſt, vt ſubſtitutis ſuperſtitibus impediatur tranſmiſſio, quàm vt repræſentatio. Quomodo enim aut quo iure poſſet quis tanquam ſubſtitutus fideicommiſſum tranſmittere ad quod non alij ſint vocati quàm ſuperſtites, ſi ipſe præmoriatur? aut quid tam contrarium, quàm ſuperſtitem

eſſe

eſſe quem & præmortuum? Eſtque in hanc ſententiam apertus textus *in d. l. heredes mei 57. §. cùm ita ad SC. Trebell.* vbi & teſtator proponebatur grauaſſe filios vt qui eorum prior decederet, partem ſuam hereditariam ſuperſtiti fratri reſtitueret & negat Papinianus præmortui liberos ad fideicommiſſum admitti poſſe, in illis verbis *ceſſante prima ſubſtitutione:* quamquam non puto aliud reſponſurum fuiſſe Papinianum, etiamſi nulla in ſubſtitutione mẽtio ſuperſtitis facta fuiſſet. Non enim eò minùs verum fuiſſet, condicionale fideicommiſſum eſſe, quod ad heredes nũquam tranſmittitur: at repræſentatio non ſolùm non impeditur ob id, quòd qui erant proximiores in gradu prædeceſſerint, ſed nec aliter induci poteſt quàm ſi prædeceſſiſſe probentur. Quid? quod interpretibus noſtris placet, ſi teſtator pluribus inſtitutis ſubſtituerit inuicem ſuperſtites, & eorum liberos, & aliqui ex eis prædeceſſerint ſuperſtitibus liberis, tamen præmortuorum quoque liberos ad fideicommiſſum admitti, non quidem iure tranſmiſſionis, ſed ex propria perſona & tanquam expreſſim vocatos, quaſi ea dictione *eorum* perſonæ ipſæ ſubſtitutorum non quaſi ſuperſtitum in abſtracto, ſed quaſi ſubſtitutorum, &, vt loquuntur, in concreto ſignificatæ intelligantur, ſubſtitutique ipſorum liberi in eum caſum, quo parentes ipſos non ſuperſtites, ſed præ defunctos eſſe contingeret. Sic enim Philipp. Corn. *conſ. 37. lib. 1.* pleriſque Senatus noſtri conſultis adprobatis quæ nos retulimus in Codice noſtro *Def. 7. 24 & 37 De fidei.* ergo ſi ſemper vera interpretes ſentiunt, non ſemper verum eſt adiectam dictionem *ſuperſtitum* impedire quominùs præmortuorum liberi poſſint ſuccedere iure repræſentationis ſi modò ſub aliquo nomine ſiue proprio, ſiue appellatiuo, ſiue collectiuo ſint vocati. Deinde verò, ſi tùm quoque cùm remotiores in gradu continentur appellatione vocatorum, non tamen niſi per poſterius vocati intelliguntur, id eſt poſt proximiores, & nihilomagis excluduntur à iure repræſentationis ſi interpretibus noſtris credimus, vt ſcilicet ex fideicommiſſo ſuccedant eo ipſo ordine quo ſuccederent ab inteſtato, cur non idem dicemus etiamſi teſtator ſuperſtites ſubſtituerit? aut cur exigemus vt expreſſerit teſtator, cùm ſuperſtites ſubſtituit, velle ſe vt ſuccedant ſeruato iuris ordine, & eo modo quo ab inteſtato ſuccederent, quod interpretes requirunt? Secunda ſanè coniectura extra omnem prorſus dubitationem eſt, vt repræſentatio locum non habeat ſi ſubſtitutio fideicommiſſaria facta ſit per expreſſam aut implicitam nominationem heredum inſtitutorum. Nam repræſentatio facit duntaxat vt qui remotior in gradu eſt ſubintrando in locum proximioris repræſentet ipſius gradum, at non etiam vt repræſentetur nominatio facta in priore gradu, vt verò heredis inſtitutio multò minus, nec proinde facere poteſt, vt ſubſtitutis per fideicommiſſum *prædictis heredibus* alij poſſint ſe dicere ſubſtitutos, quàm qui prædicti & prænominati heredes fuerunt. Planè tertia coniectura ad eum caſum pertinens quo teſtator inſtitutis ſolis filijs, poſtea eos eorúmque liberos per fideicommiſſum ſubſtituerit, non caret ſcrupulo & dubitatione. Etſi enim dici ſolet eos quos teſtator in inſtitutione dilexit, videri in ſubſtitutione quoque prædilectos fuiſſe, id tamen non niſi in dubio obtinet, non autem cùm ſubſtitutionis verba ſunt aperta, quæ alios ad fideicommiſſum vocant quàm qui fuerant inſtituti. Præſertim verò cùm ſubſtitutio facta eſt per expreſſionem ſpecialis nominis ſiue proprij, ſiue appellatiui, cuius propria ſignificatio nullum hæſitationi locum relinquat, de quibus perſonis, aut de quo perſonarum

Digitized by Google

gradu teſtator ſenſerit, vt in propoſita ſpecie in qua fingimus ſubſtitutos expreſſim fuiſſe non tantùm eos qui fuerant inſtituti, ſed etiam eorum filios. Nam qui ſimul & æquè ſunt ſubſtituti adeóque nominati licèt diuerſis nominibus, cur non ſimul & æquè ſuccedent? alioqui dicendum erit, ſi quis Titio, Sempronio & Mæuio heredibus inſtitutis, Titio abſque liberis morienti ſubſtituerit ex fideicommiſſo, Sempronium Mæuium, & Cornelium, ſolos Sempronium & Mæuium ex ſubſtitutione ſucceſſuros, non etiam Cornelium quia non fuerit ille cum cæteris nominatus in inſtitutione. Quod tamen abſurdum eſſet dicere, cùm expreſſio nominis faciat nec dubitari poſſit quin ad fideicommiſſum inuitati ſint omnes ij, qui nominati fuerunt, etiamſi neque in inſtitutione nominati reperiantur, neque ſint in gradu æquè proximo, vt diximus in præcedentibus circa interpretationem *§. in fideicommiſſo l. omnia 32. aliàs l. cùm ita de legat. 2.* Solúſque ille caſus excipiendus eſt, in quo teſtator aliquos ex heredibus inſtitutis ſpecialiter inuicem ſubſtituerit. Tunc enim licet poſt omnes inſtitutionis clauſulas ſubiecerit, *eóſque omnes eorúmque filios inuicem ſubſtituo*: ij tamen non continebuntur inter quos ſpecialis ſubſtitutio facta eſt, neque ipſorum liberi *l. coheredi 41. §. qui patrem de vulg. & pupill. ſubſtit.*

ERROR SEPTIMVS.

Circa eaſdem coniecturas continuata tractatio.

IDEMQVE tractari poteſt circa quartam coniecturam, ſi filij ſubſtituti ſint ſpecialiter nomine proprio expreſſo vel appellatiuo: Nepotes autem non niſi generaliter ſub nomine aliquo communi, putà ſi ſubſtituerit *filios & deſcendentes*. Nam cùm non poſſit adiecta videri dictio *deſcendentes* poſt expreſſam mentionem filiorum, niſi ad cõprehendendos etiam eos, qui alioquin filiorum appellatione comprehendi non potuiſſent, an non fiat iniuria nepotibus qui ſuperſunt ex filijs prædefunctis, ſi cum ſuperſtitibus filijs non admittantur? Si enim ad fideicommiſſum quod familiæ relictum eſt, etiam remotiores cum proximioribus admittũtur dummodò ad eos voluntatem ſuam teſtator extenderit vt ſcriptum eſt *in d. §. in fideicommiſſo*. quanto magis ij admittendi erunt qui pro ſe habeant & verba teſtamenti, & beneficium iuris, vt parentis prædefuncti perſonam repræſentare poſſint? quare nec deſunt ex interpretibus qui contra coniecturam hanc ſentiant, admittántque nepotes cum filijs primi gradus quoties teſtator ſubſtituit *filios & deſcendentes*, inter quos Socin. iun. *conſ.* 20. *nu.* 3. *& ſeqq. vol.* 3. quem refert Mantic. *dict. tit.* 9. *lib.* 8. *num.* 8. Sanè quod de nepotibus poſt aui eiuſdémque teſtatoris mortem conceptis tractant interpretes, vt nunquam poſſint repræſentationis iure ſuccedere, certiſſimum eſt, vel ex ipſa interpretum noſtrorum diſtinctione quæ non alijs caſibus admittit ius repræſentationis in fideicommiſſo, quàm quibus haberet locum in ſucceſſione ab inteſtato. Certum namque eſt, nullo iure poſſe quem ab inteſtato ei ſuccedere quem nullo ſanguinis & cognationis vinculo contingat, cùm ſucceſſiones omnes inteſtati non niſi

ſangu-

Digitized by Google

ſanguinis iure deferantur, eum verò qui poſt alterius mortem non modò editus, ſed etiam conceptus ſit nullo proximitatis gradu ipſum contingere vt ſuprà diximus *ex d. l. Titius 6. ff. de ſuis & legit. l. 1. §. ſi quis proximior. ff. vnd. cognat.* Et hoc quoque conſequens videtur ei quod ſcribit Iuriſc. *in dict. §.* in fideicommiſſo admittendos eſſe ad fideicommiſſum familiæ relictum illos, qui fuerunt in familia eo tempore quo teſtator moreretur, vt intelligamus cæteros ſi qui ſuperuenerint ad fideicommiſſum huiuſmodi non pertinere, tanquàm qui non ſint de familia eiuſdem teſtatoris, niſi valdè impropriè, & abuſiuè. Vnde illud etiam eſt quòd ſi ex ijs aliqui medio tempore, id eſt à morte teſtatoris in diem vſque cedentis fideicommiſſi fuerint emancipati, non eo minùs ad fideicommiſſum admitti poſſint *l. peto 69. §. vltim. de legat. 2.* An quia etiam poſt emancipationem videantur eſſe adhuc quodammodo de familia, ob id ſolùm quod ſunt de ſanguine & cognatione, vt quidam putant? Minimè: ſed quia vt ex voluntate admitti poſſint, ſufficit fuiſſe illos in familia eo tempore quo teſtator moriebatur, qui ad perſonas, tùm in familia exiſtentes, potiùs quàm ad ius ipſum familiæ reſpexiſſe intelligitur. Nec quod ad fideicommiſſum condicionale admitti poſſunt omnes ij qui tempore condicionis euenientis & ſuperſtites & capaces reperiuntur *l. eum qui poſt 104. de condic. & dem. ad tempus.* Tunc enim id obtinet, cùm fideicommiſſi verba eam interpretationem patiuntur, quià in diſpoſitionibus condicionalibus, vt iam ſæpiùs diximus, generale eſt vt exiſtentis condicionis, non diſpoſitionis tempus ſpectetur. At verba non patiuntur, quoties teſtator aut familę ſuę reliquit fideicommiſſum, vt *in d. §. in fideicommiſſo*, aut proximiores, ſiue expreſſim, ſiue tacitè inuitauit, quomodo inuitatos eos fuiſſe ponendum eſt cùm de repræſentationis iure diſputatur. Quid enim attinet de repræſentatione quærere niſi cùm de proximitatis gradu quærendum eſt. Proximior porrò nec eſſe, nec fieri vnquam poteſt is qui nullo proximitatis gradu defunctum contingit, ſiue ex propria perſona, ſiue per repræſentationem velit ſuccedere, vnde illud etiam eſt, quod à quibuſdam traditum ſuprà diximus, & nobis probatur, nullo iure poſſe repræſentationem prætendere illum cuius pater ſuperuixerit teſtatori, quam ſextam eſſe coniecturam retulimus, nec magis cùm de fideicommiſſo tractatur, quàm cùm de ſucceſſione inteſtati. Duo enim exigit repræſentatio, vt habere locum poſſit. Primum eſt quod modò dicebamus, vt aliquo ſanguinis gradu defunctum contingat is, qui per repræſentationem vult admitti. Alterum, vt eo tempore quo paterfamilias moritur, de cuius bonis diſputatur, præcedens gradus de quo repræſentando agitur à nemine occupetur: nam ſi tùm occupatus reperiatur, omnem repræſentationi viam in totum præcludit, & in perpetuum, ſiquidem illud demùm tempus inſpiciendum eſt, vt ſciatur quis proximior, aut quis æquè proximus eſſe vel videri poſſit.

ERROR OCTAVVS.

De proximitate gradus ſpectanda inter plures gradatim vocatos, ſiue ex teſtamento, ſiue ab inteſtato.

ET in hanc quoque rem textus elegans & apertus eſt *in d. §. in fideicommiſſo*, vbi diſertè ſcribit Modeſtinus, non ſolùm id quod iam diximus, ad fideicommiſſum familiæ relictum admittendos eos qui in familia fuerunt eo tempore quo

Digitized by Google

teſtator moriebatur,ſed etiam,quod ad rem noſtram magis pertinet, ex iis qui fuerunt in familia eo tempore prius admittendos illos, qui ſunt gradu proximiores, ne dubitari poſſit quin gradus proximitas æſtimanda ſit ex tépore quoque mortis teſtatoris, licèt fideicommiſſum condicionale proponatur,Qualia vix eſt,vt non ſint ea,quæ familiæ relinquuntur. Atquin is qui patrem habet ſuperſtitem tempore mortis teſtatoris, licèt iam tùm ipſe cóceptus & natus ſit,contingit quidem aliquo ſanguinis gradu teſtatorem,ſed non eo qui facere poſsit vt vel proximus tùm eſſe, vel vnquam fieri poſsit. Fruſtra ergo poſtea certet de repræſentando patre quem repræſentare non potuit eo tempore quo vel proximior vel æquè proximus eſſe aut videri debebat Quemadmodum nec in ſucceſſione ab inteſtato quicquam prodeſt, fieri quem proximum poſt delatam hereditatem, ſi eius delatæ tempore proximus non fuit, *d.l.2.§.proximum D.de ſuis & legit. hered.* Alioqui ſucceſſio in agnatis induceretur contra iuris veteris rationem, de qua *in §. placebat Inſt.de legit.agnat.ſucceſſ.* Quod ius quamuis à Iuſtiniano emendatum ſit inducta etiam in agnatis ſucceſsione, vt ſcilicet agnato proximo excluſo ab adeunda hereditate ſequens in gradu admitti poſſit, acſi delatæ hereditatis tempore proximior fuiſſet, qui re vera erat remotior, nemo tamen idcirco dixerit,inductum fuiſſe à Iuſtiniano ea conſtitutione ius repræſentationis in fauorem illius quem alius mortis tempore anteuertiſſet. Nihil enim aliud Iuſtinianus conſtituit,niſi vt poſterioris gradus agnati qui mortis tempore fuerant remotiores, poſſint nihilominus poſt excluſos anteriores admitti & quidem ex proprio iure propriáque perſona tanquam agnati, cùm antea non niſi tanquam cognati admitterentur per prætorem, ex proprio tamen quiſque capite & ex propria perſona. Ergo quamuis admittamus, quod admittendum ſanè eſt,in eo differentem eſſe rationem ſucceſſionis fideicommiſſariæ & legitimæ,ſi meram iuris rationem inſpicias, quòd fideicommiſſaria tractum temporis habere poteſt & ſucceſſionem graduum in tempus vſque condicionis euenientis,non etiam ſucceſſio legitima extra caſum, *d.§. proximum & §.vlt.d.l.2.de ſuis & legit.* Poſteaquàm tamen Iuſtiniani conſtitutione hoc ius immutatū eſt,inductáque in agnatis etiam gradúum ſucceſſione,videtur bona vtriuſque ſucceſſionis hac parte comparatio, ſaltem hactenus, vt ſicuti Iuſtinianus inducendo ius illud ſucceſsionis inter agnatos non ideò tamen induxit ius repræſentationis, adeò vt alia opus fuerit conſtitutione ad faciendum vt fratris filius in ſucceſsione patrui defuncti concurrens cum patruo ſuperſtite repræſentare poſſit gradum ſui patris, nec id tamen aliter quàm ſi pater viuo fratre ſuo deceſſerit. *dict. Auth. poſt fratres C.de legit.hered.* Ita neque poſſit quiſquam dicere in ſucceſſione fideicommiſſaria locum eſſe debere repræſentationi in fauorē eius quem pater moriente teſtatore anteuerterit,ob id ſolùm quod ex cauſa fideicommiſsi poſſint varij eſſe gradus ſuccedendi. Vtrumq; enim ſimul ſtare poteſt, vt & ſuccedendi gradus ſint diuerſi, & tamen ex ſingulis gradibus ſuccedatur iure proprio ac citra ius repræſentationis,niſi eo ſolo caſu quo ius repræſentationis natum fuerit,formatúmque iam inde ab eo tempore quo viueret adhuc is de cuius bonis contenditur. Idque conſequens eſt ei propoſitioni, quæ à nobis ſæpius relata probatáque eſt,per fideicommiſſum ſuccedi teſtatori nó autem grauato. Facit namque ea res vt in iure ſuccedendi non aliud tempus inſpiciendum ſit quàm quod fuit moriente teſtatore quoties de proximitate

& gra-

Digitized by Google

x gradu proximitatis quærendum eſt: Hoc enim addo vt eum caſum exclu-
dam quo fideicommiſſum extraneis relictum eſt, quibus certum eſt relinqui
poſſe tametſi viuo teſtatore neque nati fuerint, neque concepti, dummodò
in rerum natura fuerint tempore condicionis exiſtentis. Sed is caſus ad tra-
ctatum noſtrum nõ pertinet, cùm de repræſentationis iure quæri nihil poſ-
ſit inter extraneos, ſed tantùm inter eos qui teſtatorem ſanguine cõtingunt,
ſi quidem ſint ex deſcendentibus vſque ad infinitum, ſin ex tranſuerſalibus
non niſi ad filios vſque fratrum. Neque verò negamus poſſe illos qui repræ-
ſentationem allegant ſuccedere ex fideicommiſſo ex propria perſona, pro-
prióque iure, ſi velint, ac proinde ſuo ordine. Quomodo ſuccederent ſi eſſent
omnino extranei, niſi quod illud præterea exigimus, vt concepti ſint viuo
teſtatore, quoties fideicommiſſum iis verbis relictum eſt, ex quibus appa-
reat noluiſſe teſtatorem vt ad fideicommiſſum extranei admitterentur,
id eſt alij quàm qui vel familia & agnatione, vel cognatione ſaltem a-
liqua teſtatorem contingerent. De poſterioribus duabus coniecturis, quo-
niam maioris momenti & diſquiſitionis eſſe videntur, ſeparatim nobis di-
cendum eſt.

ERROR NONVS.

Si teſtator plures ſubſtituerit ſub nomine collectiuo ſalua gradus prærogatiua, aut ſi proximiores.

EX omnibus illis coniecturis, quas ſuprà retulimus à noſtris interpretibus probatas eſſe circa excludendum ius repræſentationis eo quoque caſu quo alioquin iidem interpretes repræſentationi locum eſſe in fideicommiſſis volunt, ea meo iudicio certiſsima eſt, ſi teſtator cùm plures ſub nomine collectiuo per fideicommiſſum ſubſtitueret adiecerit hæc verba, *ſalua gradus prærogatiua*. Nam cùm ea ſit potiſsimùm vis, & poteſtas repræſentationis quoties ej locus eſt, vt graduum diſtinctionem & prærogatiuam tollat, quia facit, vt qui re vera in remotiore gradu conſtitutus eſt videatur eſſe in proximiore, perindéque ſuccedat cum eo qui re vera proximior eſt, acſi parem gradum teneret, quid obſecro apertius eſt quàm videre, teſtatoris qui in fideicommiſſaria ſubſtitutione adiecit verba illa, *ſalua gradus prærogatiua*, voluntatem illam fuiſſe, vt nullus non dicam repræſentationi, ſed nec quæſtioni de repræſentatione locus relinqueretur? Sunt enim iſta merè oppoſita inuicem, directóq; cõtradictoria, ſuccedere aliquos ex fideicommiſſo per ius repræſentationis, & ſuccedere ſalua gradus prærogatiua, vt & ſonus ipſe verborum penè demonſtrat, & diſertè ſcriptum eſt *in Auth. poſt fratres 1. C. de legit. hered.* vbi ob hanc cauſam Paulus Caſtrenſis quem alij penè innumeri ſecuti ſunt, motus potiſsimè ex verbis eius textus, docet nullum poſſe hoc caſu locum eſſe repræſentationi: videntúrque mihi interpretes in hoc vno peccare, quòd hanc vocant coniecturam, quæ tamen nititur tam apertis verbis teſtatoris, vt nullus coniecturæ locus relinquatur. Et tamen non deſunt ex interpretibus noſtris qui hoc quoque caſu repræſentationem inducant, quos

refert Antonius Gabrielius, in Cōmunibus Opinionibus. Ratio iſtorum eſt quia per repræſentationem, inquiunt, gradus non corrumpitur, ſed repræſentatur. Mira ſubtilitas ſi diis placet, Quaſi verò inter gradum & gradus prærogatiuam nihil interſit. Fateor non corrumpi gradum per repræſentationem, quoniam qui fuit primus gradus ſemper primus remanet, itémque poſterior ſemper qui ab initio poſterior fuit, quādiu perſona aliqua ſubſiſtit quæ priorem gradum occupet. Sed nego fieri poſſe vt inducatur repræſentatio quin hoc ipſo prærogatiua gradus corrumpatur, quæ tota in eo eſt, vt qui præcedit in gradu, ſequentium graduum perſonas omnes in cauſa ſucceſſionis anteuertat, quod tamen ne fiat, impedit repræſentatio. Non poteſt igitur teſtator qui fideicommiſſum relinquit præcipere vt ex fideicommiſſo ſuccedatur ſalua gradus prærogatiua, quin hoc ipſo apertiſſimè ius repræſentationis excludat. Quare nec poſſum probare exceptionem illam, quam addunt ij ipſi qui nobiſcum ſentiunt, vt coniectura hæc ita debeat intelligi, niſi teſtator dixerit *Salua gradus prærogatiua & ſeruato ordine ſucceſſionis ab inteſtato vel à iure tradito*. Quia in ſpecie volunt repræſentationi locum eſſe omnibus illis caſibus, quibus etiam ab inteſtato locus eſſet vt concludit Didac. Couarr. *cap. 38. pract. quæſt. num* 4. *verſ.*8. poſt Dec. *conſil. 79. ſub num.* 1. quos refert & ſequitur illuſtriſſ. Franciſc. Mantic. *lib.8. de coniect. vlt. volunt. tit. 9. num. 9. in fin.* Implicant enim iſta contradictionem vt ex fideicommiſſo ſuccedatur ſalua gradus prerogatiua, & ſeruato ordine ſucceſſionis ab inteſtato, præterquàm iis caſibus in quibus ab inteſtato quoque ſucceditur ſalua gradus prærogatiua, quod contingit in tranſuerſalium ſucceſſionibus poſt fratres fratrúmque filios, nec alio prætereà vllo caſu. Eadem ferè quæſtio & idem tractatus eſt, ſi teſtator per fideicommiſſum ſubſtituerit expreſſim proximiores. Etſi enim cùm de cauſa & ſucceſſione inteſtati quæritur, non aliam ob rationem diſputamus quis ſit proximior, quàm vt ſciamus, cui ſucceſſio deferatur, non ideò tamen quis proximior eſt, quod ſuccedat, ſed ideò ſuccedit quòd proximior ſit: nec quemadmodum repræſentatio immutat ius ſucceſſionis, ita etiam immutare poteſt ius proximitatis & facere vt qui proximior erat, non ſit & remaneat ſemper proximior. Proinde qui ſubſtituit plures ſiue deſcendentes, ſiue agnatos, ſiue cognatos, ſubiecta illa qualitate proximiorum, nihil aliud conſtituiſſe videri poteſt, niſi vt verborum compendio videantur illi ſubſtituti ſalua gradus prerogatiua, cùm non aliunde ſumatur prærogatiua gradus quàm ex ordine ac poteſtate proximitatis: & euidenter aberrant, qui exiſtimant remotiores ſuccedentes per ius repræſentationis cum proximioribus æquè proximos intelligi debere. Succedunt enim illi, non tanquam æquè proximi, ſed tanquam proximitatis gradum repræſentantes, qua repræſentatione nullomodo indigerent ſi re vera remotiores non eſſent. Cùm ergo ſint remotiores, nulla prorſus ratio eſt, vt ad fideicommiſſum, quod non niſi proximioribus relictum eſt, admittantur. Quare nec opus eſt vt ad eam rationem confugiamus quam adferunt ij qui nobiſcum ſentiunt, quòd in fideicommiſſis veritas non fictio conſideretur, *ex l. fideicommiſſum 76. de condic. & demonſtr. l. Statius Florus 48. §. Cornelio Felici D. de iur. fiſc.* Nam qui ſuccedunt ſolo iure repræſentationis, nec verè, nec fictè ſunt æquè proximi, ſed eo tantùm gaudent priuilegio, vt non anteuertantur in cauſa ſucceſſionis ab iis, à quibus tamen in cauſa &

gradu

Digitized by Google

radu proximitatis anteuertuntur: id verò priuilegium habent, non quaſi ngantur æquè proximi, ſed quia ſic conſtitutum eſt, vt admitti deeant ad ſucceſſionem ex gradu defuncti, qui hodie ſi viueret, haud dubiè nquam æquè proximus admitteretur, quamuis non tam ipſam defuncti erſonam, quàm ipſius gradum repræſentare intelligantur, vt diximus n ſuperioribus.

ERROR DECIMVS.

Si teſtator ſubſtituerit proximiores ad quos de iure debet hereditas peruenire. Aut ſi addiderit vt in ſtirpes non in capita ſuccedatur.

NON aliud puto reſpondendum, etiamſi teſtator ſubſtituendo proximiores adiecerit *ad quos de iure hereditas debet peruenire.* Qui caſus eſt de quo conſuluit Iaſ. *conſ.* 159. *lib.* 4. *num.* 2. *in fin.* Non enim id perinde haberi debet, acſi ſimpliciter ſubſtituti eſſent illi ad quos debet hereditas de iure peruenire, Ne alioqui dictio illa *proximiores*, quæ primò ac principaliter adiecta eſt, fruſtra & inutiliter, addita videatur, ſed ita accipi eam ſcripturam oportet, vt neque alij ad fideicõmiſſum inuitati videãtur, quàm qui ſint proximiores, neq; rurſum ex proximioribus alij, quàm qui ius habeant ſuccedẽdi, ne partem cæteris faciant illi qui ad partem ipſi non admittuntur. Quid enim ſi proximior inueniatur eo tempore deportatus, aut per iuratam renunciationem à ſuccedendo excluſus? Non admittetur ille ad fideicommiſſum, nec obſtabit cæteris non ſolùm qui ſint æquè proximi: ſed nec ſi ſint remotiores, quia non proximiores quilibet ſubſtituti fuerunt, ſed tantùm proximiores in cauſa ſuccedendi. Cæterùm quo caſu proximior aliquis erit qui poſſit ſuccedere, nũquam ferendum eſt vt cum eo concurrat alius remotior, etiamſi concurſurus alioquin eſſet per ius repræſentationis in cauſa ſucceſsionis ab inteſtato, quoniam verba teſtamenti non patiuntur quæ proximiorem diſertè vocant, verum autem eſſe non poteſt, proximiorem aut ex proximioribus eſſe illum, quem negari non poteſt remotiorem eſſe. Nec ad rem facit quod cum proximioribus admitti poſsit ad ſucceſsionem inteſtati: cùm iis caſibus quibus iure noſtro, ſiue nouo, ſiue vetere inductum fuit ius repræſentationis, nõ ampliùs quæratur quis ſit proximior ſimpliciter, ſed quis aut proximior aut habens repræſentandi gradum proximiorem. Nam nec iure proximitatis ſolius tùm ſucceditur, ſed iure proximitatis ſimul & repræſentationis: Proximitatis quidem ex parte illius, qui ipſe ex perſona ſua proximior eſt in gradu, nec indiget repræſentatione vt ſuccedat, neque ab alio vllo excludatur: Repræſentationis verò ex parte illius, qui quòd ſit in remotiore gradu conſtitutus, non poſſet ipſe ſuccedere, quinimò à proximiore excluderetur, ſi non haberet ius repræſentationis, cuius beneficio fiat non quidem æquè proximus, quòd nulla iuris arte fieri poteſt, ſed æquè ſucceſſor ac ſi æquè proximus eſſet: in quo non natura,

Digitized by Google

ſed ſola iuris communis ratio & poteſtas per fictionem violatur. Proximitas etiam hodie conſeruat perinde ac olim, ius ſuccedendi, ſed non parit ſemper ius quod olim pariebat excludendi remotiores, quia poteſtas repræſentationis impedit ex illa parte poteſtatem proximitatis: non quidem tollendo proximitatem in perſona proximioris, quod neque fieri vllomodo poſſet, ſed admittendo remotiorem hactenus non vt excludat proximiorem, at vt concurrat cum proximiore. Ergo cùm ad fideicommiſſum quod proximioribus relictum eſt non alij poſſint admitti, quàm qui ſunt vocati, hoc eſt qui ſunt proximiores, conſequens omnino eſt, vt ius proximitatis in tali fideicommiſſo proſit, non tantùm ad conſeruandum proximioribus ius ſuccedendi ex fideicommiſſo, ſed etiam ad excludendos remotiores omnes & cuiuſcunque ſint gradus, tanquam qui nec vocati ſint, nec pro vocatis etiam per fictionem haberi poſſint ſalua vi & poteſtate verbi quo teſtator vſus eſt ſubſtituendo proximiores: Nil obſtante illo quod adiecerit *ad quos de iure debet hereditas peruenire*. Illa namque adiectio non tollit præcedentem qualitatem ſub qua formaliter fideicommiſſum relictum eſt, adeóque nec illam explicat quaſi proximiores eos omnes teſtator intellexerit ad quos de iure debet hereditas peruenire, ſed tantùm limitat & reſtringit, vt appareat non de aliis proximioribus inuitandis teſtatorem ſenſiſſe, quàm qui etiamſi inuitati non eſſent, ſuccedere tamen iure communi poſſent. Ex quo ſi quis inferat cum Iaſone, Non aliter igitur videri eos inuitatos quàm vt ſuccedant eo ipſo modo quo de iure communi ab inteſtato ſuccederent, is procul dubio errauerit. Aliud enim eſt quærere qui ſuccedant, Aliud verò quærere qualiter ſuccedere debeant qui ſuccedunt, & quomodo. Teſtator in propoſito non alios voluit ſuccedere quàm eos qui eſſent proximiores, excluſis proinde in totum remotioribus etiam illo caſu quo ſuccedere poſſent cum proximioribus, ſi ad ſucceſſionem admitti poſſent. Prius enim eſt vt probent ſe eſſe ex numero vocatorum, quàm vt diſputent quomodo admitti debeant. Atqui non poteſt fieri vt ſe vocatos probent, quin priùs oſtendant ſe vel proximiores eſſe, vel ſaltem ex proximioribus, quod ipſum tamen facere nunquam poſſint, cùm reuera ſint remotiores, taléſque maneant eo quoque caſu quo per ius repræſentationis concurrunt cum proximioribus ab inteſtato. Fruſtra igitur eſt quærere, an repræſentationis iure poſſint aut debeant ſuccedere illi qui nullomodo ſunt vocati. Sed & quod magis eſt, cùm aliquando ex facto proponeretur quidam poſt inſtitutos ex æquis partibus tres filios, ſingulis per fideicommiſſum ſubſtituiſſe deſcendentes, ídque in ſtirpes non in capita, & deſcendentibus omnibus præmortuis fratres præmorientis, eorúmque poſteros ſimili modo, id eſt in ſtirpes quoque non in capita: ſed ita tamen vt proximiores ſemper præferrentur: Reſpondi poſt extinctos deſcendentes omnes ad ſolum fratrem qui tùm ſupereſſet, non etiam ad præmortui fratris liberos totum fideicommiſſum pertinere, non alia ratione quàm hac ipſa, quòd teſtator expreſſim vocando proximiorem, ius repræſentationis apertè excluſiſſet, cùm negari non poſſet quin fratri ſine liberis defuncto proximior eſſet frater ſuperſtes, quàm filius fratris prædefuncti. Etſi enim præceperat teſtator vt ex huiuſmodi fideicommiſſo ſuccederetur in ſtirpes non in capita, quæ ſucceſſionis forma ſupponit ius repræſentationis, à quo nimirum & originem & perpetuam cauſam ſuam trahit, vt oſtendimus in præcedentibus *ex §. cùm filius & §. vlt. Inſt. de heredit. quæ ab inteſt. defer.*

Digitized by Google

deſer. Nihil tamen vetabat vtramque clauſulam ea donari interpretatione, quæ facere poſſet vt ex omni parte voluntas teſtatoris conſeruaretur, id eſt, & ex ea parte qua præceperat vt in ſtirpes non in capita ſuccederetur, & ex qua conſtituerat, vt proximiores præferrentur, nimirum relata reſtrictáque priore clauſula ad eum caſum quo fideicõmiſſum peterent illi qui eſſent æquè proximi & in eodem gradu ſuccedendi, quod in propoſita ſpecie contigiſſet, ſi ante fratrem de cuius bonis tractabatur alij fratres ambo deceſſiſſent, vnus quidem filio vno ſuperſtite, altero autem pluribus liberis relictis, tunc enim dubitari non potuiſſet, quin æquo iure fratrum omnium filij ad fideicommiſſum admitti deberent, cùm eſſent omnes æquè proximi, & in pari gradu conſtituti, ſoláq; dubitatio illa ſupereſſe poterat, an in ſtirpes admitti deberent, quomodo admitterentur ſi ab inteſtato ſuccederent auo, *d. §. cùm filius*, an in capita, quomodo ſuccedere illos hodie patruo debere, magis communiter probatum eſt, inuita licèt Iuriſprudentia, nouelláque Iuſtiniani cõſtitutione 118. *De heredib. ab inteſt. venient.* vt à nobis ſæpius dictum probatúmque eſt: in qua quæſtione fatendum eſſet fratrum filios in capita ſucceſſuros fuiſſe niſi teſtator contrariam ſuccedendi formam verbis teſtamenti præſcripſiſſet: non modò ſi eos interpretes ſequeremur qui ius ſuccedendi ex fideicommiſſo ex iure ſucceſsionis inteſtati metiuntur, quandoquidem in capita quoque ſuccederent iſti fratrum filij in bonis patrui ſecundum ſupradictam receptiorem noſtrorum ſententiam, ſed etiam iuxta eam opinionem quam nos veriorem arbitramur, vt ex fideicommiſſo quod plurib. ſub nomine collectiuo relictũ eſt, ſuccedatur ſemper in capita, niſi cũ teſtator aliud voluit, quia nec alij ex fideicõmiſſo vnquã ſuccedere poſſunt, quàm qui ex propria perſona ſuccedunt tanquam vocati & inuitati: quæ res inducit ius ſucceſſionis in capita perinde ac ius repræſentationis inducit ſucceſſionem in ſtirpes. At in propoſita ſpecie cùm de fideicommiſſo contenderetur inter fratrem ſuperſtitem, & fratris prædefuncti filium, quorum vnus erat proximior, alius verò remotior, inanis relinquebatur prior illa clauſula per quam teſtator iuſſerat ſuccedi in ſtirpes, quia nec de illo vnquam diſputari poteſt, an in ſtirpes ſuccedendum ſit, an in capita, niſi cùm de ſucceſſione inter eos contenditur qui pari & æquo ſunt gradu. Cùm enim beneficiũ repræſentationis facit, vt qui remotiores in gradu ſunt, cõcurrãt nihilominus cum proximiore, quis vnquam dixerit aut æquũ putauerit remotiores illos qui ex vna perſona plures ſuperſint debere in capita ſuccedere? Ita ſi quidem fieret vt multò plus ferrẽt illi, quàm proximior, à quo in totum excludi ſummo iure deberent, adeóq; plus quàm laturus eſſet ille cuius gradũ repræſentant, quod nimis abſurdum, & iniquum foret. At cùm ij qui ſuccedunt, pari gradu ſunt, nec tamẽ in primo, ſed in remotiore, quòd perſona nulla ſit quæ primum gradum occupet, tum verò quærendum eſt de forma ſucceſſionis, id eſt, an in ſtirpes, an in capita ſuccedi oporteat: quòd vtroque modo ſuccedi nihil vetet pro arbitrio legiſlatoris: in capita quidem quoniam ſuccedunt ſinguli ex propria perſona, vt *in l. 2. §. hæc hereditas De ſ. & legit.* In ſtirpes verò quia præcedit alius gradus qui repræſentationis fictionem commodè admittit. Porrò teſtamento ritè condito non alius legiſlator quærendus eſt, quàm teſtator ipſe, cuius voluntas quælibet, ſi modo iuſta ſit, lex eſt. Cùm igitur teſtator qui proximiores ſolos ad fideicommiſſum inuitauit, idem iuſſerit vt in ſtirpes non in capita ſuccederetur, non aliud is voluiſſe

Digitized by Google

credendus eſt, quàm vt ſi contingeret proximiores plures eſſe in remotiore quidem, ſed pari tamen gradu conſtitutos, eo demùm caſu in ſtirpes ſuccederent, quaſi iure repræſentationis, quod nullo proximitatis obſtaculo impediretur, at non item ſi quidam eſſent proximiores, alij verò remotiores. Tum enim proximiorum cauſam potiorem omnimodo eſſe oportere, nec permittendum remotioribus vt ſuccedant iure repræſentationis in ſtirpes, qui nullomodo poſſunt ſuccedere, cùm nec vllomodo ſint vocati. Siquidem inter eos qui diſpari ſunt gradu ordo proximitatis neceſſariò aliquis eſt: at ius repræſentationis non neceſſariò eſt, ſed tantùm eſſe poteſt, eo nimirũ caſu quo vel teſtator, vel alius quiſquis ille ſit legiſlator, ita præceperit: Proximitas & proximitatis paritas in gradu quamuis remotiore, non indiget quidem iure repræſentationis ad ſuccedendum, ſi modò prioris gradus perſona nulla ſit quæ proximiorem ſe poſſit dicere, ſed tamen capax eſt repræſentationis admittendæ ſi gradus ſit remotior qui ab alio gradu vacuo anteuertatur, cuius repræſentationis non æquè capax eſſet primus gradus etiamſi à pluribus perſonis occuparetur. Et hoc certè eſt quod pleroſque fallit exiſtimantes, ſufficere ad inducendum neceſſariò ius repræſentationis cùm teſtator in ſtirpes non in capita ſuccedi voluit, vt nulla ſit repugnantia ex parte rei quominùs poſſit induci, nec animaduertentes illud etiam requiri vt teſtatoris voluntas verbáque illam interpretationem patiantur, cui ex contrario ſanè repugnant euidenter, quoties non niſi proximiores ſubſtituti proponuntur, ſatíſque eſſe debet quod aliquo caſu poſſit contingere, vt & proximiores ſoli admittantur, & ita tamen admittantur, vt ſuccedant in ſtirpes qui alioqui in capita tantùm ſuccedere deberent. Semper enim laborandum eſt quantum fieri poteſt, vt ſi in eodem, ſiue teſtamento, ſiue contractu plures adſint clauſulæ quæ inuicem pugnare, aut ſaltem minùs conuenire videantur, benigna & accommodata interpretatione concilientur, quod ſi fieri nulla ratione poſſit, maiorem tamen poſterioris clauſulæ quàm prioris poteſtatem eſſe neceſſe eſt, cùm in teſtamentis & in contractibus perpetuum illud ſit vt poſteriora derogent prioribus. Qua etiam ratione defendebam in propoſita ſpecie magis attendendum eſſe quod teſtator proximiores præferri iuſſerat, & quidem verbis reſtrictiuis, & vt loquuntur, modificatiuis per *ita vt*, quàm quod ante præceperat vt in ſtirpes non in capita ſuccederetur: Admiſſo etiam eo vt conciliari nullomodo poſſent hæ clauſulæ, quas tamen conciliari poſſe & quidem commodiſſimè ſatis, vt opinor, oſtendimus.

ANT.

Digitized by Google

ANTONII FABRI I.C. SEBVSIANI, SENATORIS SABAVDIENSIS, ET IN GEBENNENSIS DVCATVS AVDITORIO PRAESIDIS,

DE ERROR. PRAGMAT. ET INTERPR. IVR.

DECAS LVI.

ERROR PRIMVS.

De mittendo victore in poſſeſſionem bonorum condemnati in executionem rei iudicatæ.

ACCVRSII noſtri traditio eſt, *ad l. à Diuo Pio* 15. *§. ſi pignora D. de re iudic.* Poſſe illum qui ſententiam aduerſus debitorem ſuum obtinuit, cuius bona numquam antè habuerit obligata (nam de pignoratitio & hypothecario creditore nunc non agimus) quadruplici via & remedio ſibi conſulere. Primùm ita vt pignora in iudicati executione capta teneat & retineat fructúſque ex iis percipiat, quouſque vel imputatione fructuum vel quo alio modo fuerit ei pleniſſimè ſatisfactum. Secundò vt ea pignora accipiat ſibíque imputet in ſolutum ex *l. ſi prædium* 4. *C. de euict.* Tertiò vt licitetur ipſe & vice extranei emptoris pignora comparet, *ex l.* 2. *C. ſi cauſ. iudic. pign. capt. ſit.* Quartò vt ſi per fraudem & colluſionem debitoris, non inueniatur emptor, impetret ille ius dominij, *ex l. vlt. eod. tit. l.* 2. *tot. tit. C. de iur. domin. impetr.* Quam traditionem ſecuti pragmatici plerique hunc rei gerendæ ordinem ſeruant, vt incipiat victor à miſſione in poſſeſſionem, impetratis in eam rem literis à iudice cui ius eſt exequendi iudicatum, *ex l.* 1 *C. ſi in cauſ. iudic. pign. capt. ſit. l. cùm proponas* 9. *C. de bon. author. iudic. poſſid.* Nam & interpretibus noſtris idem placet, præſertim Alexandro & Iaſoni *ad d. §. ſi pignora*, niſi quòd quatuor remediis ſupradictis ab Accurſio traditis addunt quintum, vt nimirum victor vrgeat venditionem bonorum debitoris. Quod remedium nec Accurſius ſanè ignorauit, ſed conſultò prudentérque prætermiſit, quia tractabat eum caſum, quem & Vlp. *in d. §. ſi pignora*, quo bona emptorem non inuenirent. Hoc verò ipſum eſt, quod me primùm mouit vt hanc Accurſij cæterorúmque, ſiue pragmaticorum, ſiue interpretum traditionem probare numquam potuerim, qui video iudicialis pignoris, id eſt quod in iudicati executione capitur eam rationem & condicionem

Digitized by Google

eſſe vt non à victore ipſo capi debeat,ſed à magiſtratu iudicatum exequente: nec ob id capi vt retineatur à creditore qui ſententiam retulit, ſed vt mox & incontinenti diſtrahatur ſi qua ratione fieri poſſit vt inueniat emptorem ſiue extraneum,ſiue victorem ipſum qui nullo alio emptore exiſtente velit ex officio rem emere in vicem extranei emptoris, vt loquitur *d. l. 2. C. ſi in cauſ. iudic.* Falſum igitur eſt quod omnes iſti volunt, ſi emptorem pignora nullum inueniant, id eſt neque extraneũ,neque victorem ipſum,vice remedij permittendum eſſe victori vt pignora retineat, cùm nec pignora ſint priuſquàm capiantur, nec capiantur niſi vt diſtrahantur: vt proinde præpoſterum ſit,finita ſpe venditionis redire ad poſſeſſionem pignorum quam victor numquam habuerit,abſurdũ verò incipi à miſsione in poſſeſſionẽ bonorum debitoris ad ea iure pignoris retinenda, quandiu ſpes aliqua ſubeſt fore vt inueniant emptorem. Nec enim pignus iudiciale conſtituitur à magiſtratu qui exequitur iudicatum,niſi ex mera neceſſitate,quoniam alioquin fieri non poſſet vt ſententiá contra inuitum lata etiá cõtra inuitum executioni mãdaretur:ſi quidẽ is qui pecuniã ſoluere iuſſus & condẽnatus eſt,non niſi periniquè cogi poſſet,vt vel inuitus ipſe vel inuito victori bona in ſolutũ pro pecunia daret *l. eu à quo 16. & ſeq. C. de ſolut. l. 2. §. mutui datio in fi. D. de reb. credit.* Ineunda igitur ratio aliqua eſt,per quam fieri poſſit vt etiam inuito cõdemnato pecunia explicari poſsit quæ ſoluatur creditori vt iudicato tãdẽ ſatisfiat nec fiant de lite lites *l. 4. §. ait prætor D. de re iudic.* Id verò nec aliter, nec meliùs fieri poteſt quàm per diſtractionem bonorum debitoris, quæ credibile eſt inuentura emptorem, præſertim cùm eam diſtractionem neceſſe ſit fieri ſollenniter & ſub haſta per publicam auctionem & licitationem, adeóque præſenti pecunia *d. l. à Diuo Pio 15. §. ſi poſt addictum D. de re iudic.* Vt ſit in poteſtate cuiuſlibet accedere ad venditionem, tantóque faciliùs & cariùs bona vendi poſsint quanto plures erunt licitatores, *l. ait prætor 7. §. quæſitum D. de minor.* Porrò prius eſt vt debitoris bona obligentur creditori, quàm vt eo poſtulante & vrgente diſtrahi poſsint: Alioqui quonam obſecro iure diſtraherentur? Atqui ponimus numquam fuiſſe illa obligata, nec niſi de chirographario creditore tractamus, cui certum eſt neq; per ſententiam ius vllum pignoris acquiri, cùm actio ex iudicato ſit tota in perſona, nec priuilegium habeat taciti pignoris, *l. actori 8. C. de reb. credit.* Neceſſe igitur eſt in executione iudicati conſtitui pignora per capionem, ita vt & capiendo conſtituantur, & conſtituendo capiantur: neceſſe, inquam, non ad hoc vt cautum ſit victori, quomodo contingit in pignore conuentionali (nec enim cautione vlla amplius indiget, ſed tantùm executione is qui debitorem ſuum habet iam condẽnatum) ſed ad hoc ſolùm vt ipſi ſatisfiat ſtatímque iudicato pareatur: Inde nimirum eſt quod initium capiendorum in iudicati executione pignorum ab ipſo magiſtratu proficiſci neceſſariò ſemper oportet, & ex eius authoritate fieri quod victor per ſeipſum facere citra vim non poſſet *l. miles 36. §. qui iudicati D. de re iudic. & d. l. à Diuo Pio 15. §. 1. & paſſ. eod.* Inde etiam quod non aliam ob cauſam, nec alio fine capiuntur à magiſtratu hæc pignora, quàm vt ex publica eorum venditione precium redigatur, quod in iudicati cauſam conuerti poſsit, vt quod debetur in pecunia, æquè in pecunia ſoluatur, atque ita contingat debitori condemnato liberatio, quæ non niſi ſolutione eius quod debetur poſſet contingere. Ex quo illud quoque fit vt quibus iuris noſtri

loci

Digitized by Google

locis tractatur de captis aut capiendis pro iudicato pignoribus; tractetur etiam de iiſdem diſtrahendis,& quidem mox,vt loquitur Vlpianus *in dict. lege à Diuo Pio §. in venditione*, id eſt ſtatim & incontinenti non ex interuallo, quod Accurſius noſter non intellexit qui ad eum locum adfert quaſi ſimile quod de bonis debitoris certo tempore tranſacto diſtrahendis ſcriptum eſt *in dict. l. cùm propon as 9. Co. de bon. author. iudic. poſſid.* vbi tamen ſicut & in toto illo titulo agitur non de iudiciali,ſed de prætorio pignore,cuius alia ratio eſt,vt poſtea dicemus.

ERROR SECVNDVS.

De ſententia l. 1. 2. & 3. C. ſi in cauſ. iudic. pign. capt. ſit l. ordo 3. C. de exec. rei indic.

SIC *in d. l. 1. Co. ſi in cauſ. iudic. pign. capt. ſit, pignoris iure*, inquit lex, *teneri ac diſtrahi poſſe*, vt intelligamus ſimul iſta procedere, quòd ob cauſam iudicati bona debitoris condemnati & iure pignoris tenentur, & diſtrahuntur. Qui tamen locus potiſſimum videtur interpretes noſtros fefelliſſe. Quod enim lex ait *pignoris iure teneri* ſic acceperunt, acſi ſcriptum eſſet *iure pignoris retineri & quidem per creditorem*, cùm è contrario nihil aliud ſibi velit Imperator, quàm quod ſuprà diximus, capta ex magiſtratus authoritate bona debitoris exinde obligata eſſe iure pignoris, & tanquam obligata poſſe diſtrahi,ſed per magiſtratum non per creditorem, idque etiamſi à creditore non poſſideantur. Non enim ait Imperator creditorem poſſe tenere hæc pignora, tantùm abeſt vt dicat poſſe illum ea retinere, ſed hoc tantùm, bona pignoris iure ac vinculo teneri, quæ locutio ius & poteſtatem obligationis in rebus debitoris conſtitutæ demonſtrat non etiam creditoris detentionem aut poſſeſſionem. Rurſum quod lex addit *ac diſtrahi*, ſic ab ijſdem interpretibus acceptum eſt quaſi ſcriptum eſſet *aut diſtrahi*, vt aliud & ſecundum remedium inducant per quod victori conſulatur, cùm tamen ſit apertiſſimum coniungi ab Imperatore hæc duo,vt oſtendat remedium per quod victori ab initio conſulendum eſt in executione iudicati non aliud eſſe, quàm vt pignora per capionem conſtituta ſubinde diſtrahantur, tanquam pignore non alium ob finem conſtituto, ſic *in l. 2. eod. titu. Cùm in cauſa iudicati aliqua res pignori capitur, per officium eius qui ita decernit, venumdari ſolet non per eum qui iudicatum fieri poſtulauit.* Sic denique *in l. vltim. eod. In cauſa iudicati pignora ex authoritate Præſidis capta potiùs diſtrahi, quàm iure dominij poſſideri conſueuerunt.* Quibus verbis ſignificat Imperator pignora in executione iudicati capta, vel poſſideri à victore non poſſe, vel dominij iure poſſideri debere: Non ergo iure pignoris vt & interpretes & pragmatici volunt. Sed omnium apertiſſimus in hanc rem textus eſt *in l. ordo 3. Cod. de execut. rei iudic.* vbi disertè ſcribunt Imperatores, ita demum in poſſeſſionem pignorum mittendum eſſe à præſide creditorem qui iudicati executionem vrget, ſi appareat res quæ pignori datæ ſunt, diu ſubhaſtatas ex compacto ſiue ambitione condemnati emptorem inuenire non potuiſſe. Quid enim potuit ſcribi apertiùs vt intelligeremus miſſionem in poſſeſſionem non primum vt vult Accurſius, ſed extremum eſſe remedium quo creditori poſſit conſuli ad iudicatum exequendum e neçpriùs de mittendo creditore in poſſeſſionem bonorum debitoris quæri oportere, quàm cer-

Digitized by Google

tum eſſe cœperit diſtrahi rem nullomodo poſſe, nullo ſe offerente emptore? Quid verò aliud eſt quod ea lex ait, mittendum eſſe hoc caſu creditorem in poſſeſſionem, vt vel hoc remedio res tamdiu protracta ad effectum perducatur (hæc ipſa enim ſunt legis verba) niſi illud ipſum, quod ſcriptum eſt *in dicta lege vltim. Cod. ſi in cauſ. iudic. pign. capt. ſit.* Si per calliditatem condemnati emptor inueniri non poſſit, tunc dominium creditori addici ſolere: Alioqui per miſſionem illam in poſſeſſionem non ad effectum res iudicata perduceretur, at potiùs executio inchoaretur, ſi non ad alium finem ea fieret quàm vt pignora iure pignorum poſſiderentur. Idem quoque tradit Vlpianus *in dict. §. ſi pignora*, vbi addit hanc addictionem fieri non pro rata debiti & ad concurrentem vſque valoris pignoris quantitatem, vt malè quoſdam interpretari video, ſed pro ea vtique quantitate quæ debetur, ita vt non poſſit creditor in quantitatem certam pignora tenere, & ſuperfluum petere. Videtur enim creditor, vt Vlpianus ait, veluti pacto tranſegiſſe de credito, qui contentus fuit pignora in creditum poſſidere. Nec verendum eſt vt iniuria vel debitor afficiatur, vel creditor ſi pignus vel pluris ſit, vel minoris; cùm imputare debeat ſibi debitor qui nec pecuniam offert, nec inuenit emptorem, maximè verò ſi quid ab eo factum ſit per ambitionem, & calliditatem, creditor verò cur non ipſe emerit quod etiam minore precio facere potuiſſet in vicem extranei emptoris *dicta l. 2. Codic. ſi in cauſ. indic. pign. capt. ſit.* Nec enim cogitur vnquam creditor contentus eſſe captis pignoribus, ſed ſi non ſufficiant, quod ex eorum demum venditione ſciri poteſt, alia capi poſſunt & debent quouſque iudicato ſatisfiat *dict. l. à Diuo Pio §. in venditione, & §. ſi rerum.* Alioqui non videretur creditor velut pacto tranſegiſſe de credito etiamſi pignora in creditum poſſideret, ſi vel inuitus cogeretur ijs pignoribus contentus eſſe, cùm ex eo quod fit neceſſitate iuris non poſſit capi vlla voluntatis coniectura, vt ius ſuum remittere quis voluiſſe videatur *arg. l. 3. D. de ſeparat.* Nec minùs malè idem Accurſius & cæteri inter alia remedia per quæ conſuli poſſit victori illud adferunt vt accipiat pignus in ſolutum *ex l. ſi prædium 4. Cod. de euict.* Quærimus enim quo remedio conſuli poſſit creditori etiam inuito debitore condemnato cùm emptor pignoris non inuenitur, Datio autem in ſolutum contractus eſt qui non niſi ex voluntate debitoris fieri poteſt, quique venditionis vicem obtinet, ita vt ex ea cauſa ſi prædium quod datum fuerat in ſolutum poſtea euincatur, actio de euictione creditori qui accepit accommodari debeat contra debitorem qui dedit *d. l. ſi prædium.* Simile aliud remedium illud eſt quod interpretes Accurſio ſemper duce tribuunt creditori, vt licitetur ipſe & emat, ſiue alius emptor nullus ſit, ſiue alius quidem ſit, ſed qui non ſatis dignum precium offerat *ex dicta l 2. Cod. ſi in cauſ. iudic. pign. capt. ſit.* Nam neque hoc caſu remedio vllo indiget creditor qui emendo per ſe pignus non minùs indemnitatem conſequitur, quàm ſi extraneus aliquis emptor inueniretur. Nos autem cum Vlpiano *in d. §. ſi pignora*, eum caſum tractamus quo emptor nullus ſit, neque extraneus, neque ipſe creditor: nam nec inuitus creditor emere cogitur, vt neque alius quilibet *l. nec emere 17. Co. de iur. delib.* Solum igitur remedium illud creditori ſupereſt cùm emptor nullus inuenitur vt addicantur

ei

Digitized by Google

ei pignora, id eſt vt in eorum poſſeſſionem mittatur & illa ſibi poſſidere iubeatur *d. §. ſi pignora d. l. vlt. C. ſi in cauſ. iudic. d. l. 3. C. de execut. rei iudic.* Sed quis effectus ſit huius addictionis, & an ſemper eodem modo fiat, quoniam hoc quoque ab interpretibus noſtris non minùs quàm à pragmaticis ignorari video, latiùs explicandum eſt.

ERROR TERTIVS.

De pignorum addictione, & adiudicatione, ex iuris veteris ratione.

QVOD à nobis ſuprà dictum eſt, quoties pignora quæ in iudicati executione capta ſunt, non inueniunt emptorem remedium illud vnicũ victori ſupereſſe, vt mittatur in poſſeſſionem pignorum ipſique pignora addicantur, veriſſimum quidem eſt, & apertè ſcriptum in *dicta l. à Diuo Pio 15. §. ſi pignora D. de re iudic. & in l. 3. C. de exec. rei iudic.* Sed quo modo accipiendum hoc ſit, & quænam huiuſmodi addictionis poteſtas eſſe poſſit, non æquè certum eſt. Aliter enim atque aliter de eo reſponſum à prudentibus, & reſcriptum ab Imperatoribus videtur: quæ res non tantùm dubitandi, ſed etiam errandi cauſam & interpretibus & pragmaticis noſtris dedit. Vlpianus *in d. §. ſi pignora*, ſimpliciter ſcribit, Si pignora quæ capta ſunt emptorem non inueniant, reſcriptum eſſe ab Imperatoribus Seuero, & Antonino, debere illa addici ei cui quis condemnatus eſt, & quidem vtique, id eſt, omnimodo pro ea quantitate quæ debetur, hoc eſt ſiue plus, ſiue minus, quàm quanti pignus eſt, debeatur: Nam ſi creditor, inquit, maluerit pignora in creditum poſſidere iiſque contentus eſſe, reſcriptum eſt non poſſe illum quod amplius ſibi debetur, petere, quia velut pacto tranſegiſſe de credito videtur, qui pro credito contentus fuit pignora poſſidere, nec fieri poſſe vt in quantitatem certam pignora retineat, & ſuperfluum debiti petat. Imperatores verò *in d. l. 3. paullò aliter*, Si res pignori datæ diu ſubhaſtatæ non potuerint emptorem inuenire, ſiue ex compacto, id eſt ex dolo compoſito & præmeditato, ſiue per ambitionem & amicorum copiam condemnati, mittendum eſſe victorem in poſſeſſionem, vt tandiu protracta executio rei iudicatæ ad effectum perducatur. In quo verò aliter Imperatores, aliter Vlpianus? An in eo quod nullam addictionis mentionem faciunt, quam Vlpian. requirit? Minimè. Contextus enim Vlpiani oſtendit addictionem hanc non alio modo fieri, quàm per miſſionem in poſſeſſionem, Iubente magiſtratu vt victor in poſſeſſionem pignorum mittatur, eáque ſibi poſſideat in creditum, & retineat. Sed in eo quod exigunt Imperatores, vt per condemnati, ſiue calliditatem, ſiue ambitionem fiat, ne pignorum emptor inueniatur, quod Vlpianus ſanè non requirit: neque verò neceſſarium id videtur. Quid enim, ſi neque dolus, neque ambitio condemnati probetur? An ideò victor omni remedio deſtituetur, ne iudicati executionem vrgere poſſit, ſuúmque conſequi? Atquin apertiſſimum eſt iudicati executionem fieri non tam odio victi, quàm fauore victoris, & quòd interſit reipublicæ non manere illuſorias res iudicatas,

l.ſi prætor 75.D.de iudic.l.ſeruo 65.§.cùm prætor D. ad SC. Trebell. Neque nouum eſt vt condemnatus perquirat emptorem bona fide, nec tamen inueniat, neque rurſum aliam vllam habeat explicandæ pecuniæ rationem *l. ſi debitor 10.D.de fideiuſſ.Auth.hoc niſi debitor C.de ſolut.* quod cùm euenit non eo minùs æquum eſt proſpici modis omnibus, vt & victori & rei iudicatæ ſatisfiat: præſertim cùm non alia exequendi iudicati ratio comparata ſit in eos qui vltrò confeſſi ſunt ſe debere ne improbam litem ſuſcipere cogerentur, quàm in litigatores improbos & perfidos qui condemnari quàm debitum fateri & agnoſcere maluerunt *l.1.l.certum 6.§.vlt.D.de confeſſ.* Videtur autem cum Imperatoribus magis quàm cum Vlpiano conſentire quod Imp.Gordianus reſcripſit *in l.vlt.C.ſi in cauſ.iudic.pign. capt. ſit.* In cauſa iudicati pignora ex authoritate præſidis capta diſtrahi quidem potiùs quàm dominij iure poſſideri conſueuiſſe, ſed ſi tamen per calliditatem condemnati emptor inueniri non poſſit, tunc authoritate Principis dominiũ creditori addici ſolere. Idipſum enim exigit Gordianus, quod Diocletianus & Maximianus, vt interueniat calliditas condemnati: & quamquam de pignorum addictione loquitur: de qua etiam Vlpianus, in hoc ipſo tamen diſſentit ab Vlpiano, quod & de dominio addicendo tractat, & in eam rem exigit authoritatem Principis, cùm tamen Vlpianus de poſſeſſione tantùm loquatur non de dominio, nec requirat interuentum authoritatis Principis in ea re quam ſolius magiſtratus iudicatum exequentis imperio expediri poſſe putat. Hinc nimirum præceps errandi occaſio interpretibus & pragmaticis exiſtimantibus nec meliùs nec aliter poſſe iſta conciliari, quàm ſi pignoris addictionem ſeparent ab adiudicatione, Addictionem intelligentes eam per quam fiat vt creditor pignora teneat & poſſideat iure pignoris, de qua Vlpianum ſenſiſſe volunt, Adiudicationem verò illam per quam addicitur non poſſeſſio, ſed dominium pignorum vt ea creditor poſſideat non tam pignoris quàm dominij iure, nec quaſi creditor, ſed quaſi dominus. Ex qua differentia illam quoque inferunt, quod ſimplici addictione facta pignorum vt ea creditor teneat iure pignoris, non dubitant quin quoſquos & quotquot ex iis fructus perceperit, creditor teneatur poſtmodum imputare ſibi in ſortem tanquam alius pignoratitius creditor quilibet, vtpote quaſi ex re aliena, nec dominij ſed pignoris iure perceptos ex *l.1.2.& paſſ.C.de pignor. act.* At facta pignorum adiudicatione, aut quod effectu idem eſt, dominij addictione, fatentur creditoris lucro cedere fructus omnes, quippe quos ex re iam ſua, nec ampliùs aliena perceperit. Et inde quoque fieri volunt, vt ad ſolam poſſeſſionem pignoris addicendam ſufficiat poteſtas magiſtratus qui exequitur iudicatum, nec requiratur authoritas Principis, quæ tamen requiritur quoties de dominio addicendo, quod maioris momenti eſt, diſputatur. Sed & illud rurſum, vt cùm fit ſimplex addictio pignorum ad illa iure crediti potiùs quàm dominij poſſidenda, non niſi pro rata debiti eam fieri oporteat, Cùm verò pignus adiudicatur creditori per abſolutam addictionem dominij, non ita debiti menſura perpendatur. Poſtremò, vt procliuis omnibus eſt lapſus erroris in errorem, parum intereſſe arbitrantur an dicamus, Dominium pignoris addici creditori, An verò ius dominij impetrari, quaſi ſint iſta ſynonima, nec niſi verborum ſono differentia, quòd vtroque caſu fiat creditor ex creditore dominus, & Principis authoritatem neceſſariò interuenire oporteat *l.2. C. de iur. domin. impetr.* Itaque ſolent in hanc rem adferre quod ſcriptum eſt *in tit.illo C.de iur.domin.* *impetr.*

Digitized by Google

impetr. ac ſi eſſet ille vnus ex iis modis quib. fieri poſſit executio iudicati. Quæ traditio cùm nõ plura contineat verba quàm errata, in totũ à nobis confutãda eſt, ſed illud imprimis quod aiũt de pignoris adiudicatione. Inauditũ enim eſt nomen hoc, neq; vllo ex iis locis quos tractamus, aut à prudentibus aut ab Imperatoribus vſurpatum: Nã de addicendis tantùm pignoribus omnes locuti ſunt, nõ etiã de adiudicandis, & verò cùm adiudicatio fuerit iã olim vnus ex modis illis ſex per quos trãsferebatur dominiũ iure Quiritiũ vt Vlpianus refert in Fragmẽtis, *Tit. 19. De acquiſit. rer.* quid obſecro attineret tractare de pignorib. addicẽdis, ſiue de poſſeſſionis, ſiue de dominij addictione loquеremur, itémq; de Principis authoritate in eam rẽ imploranda, denique de iure dominij per tot ambages & circuitus impetrãdo, ſi pignoris adiudicatio fieri vllo caſu poſſet? An non eſſet multò expeditius, adeóq; creditori vtilius & cõmodius, adiudicari pignus quàm vel addici, vel dominij ius impetrari? Quod verò iidem interpretes duplicem faciunt addictionem pignorũ, vnam ſolius poſſeſſionis, alteram dominij, æquè alienum eſt à ſenſu prudentum & Imperatorum, qui nullibi ſic loquuntur vt dicant addici poſſeſſionem pignorum, ſed pignora ipſa, vel quod idẽ eſt res pignori datas, licèt addãt eam eſſe vim huiuſmodi addictionis vt exinde poſſit creditor pignora in creditũ poſſidere.

ERROR QVARTVS.

De duplici pignorum addictione.

ILLVD ſanè fatendum eſt, quod interpretes fefellit duplicem eſſe addictionem, vnam quæ fit ex authoritate magiſtratus iudicatum exequentis, de qua *in d. §. ſi pignora*, alteram quæ fit ex authoritate & reſcripto Principis, de qua *in d. l. 3. C. de exec. rei iudic. & in d. l. vlt. C. ſi in cauſ. iudic. pign. capt. ſit.* Vtrique tamen commune illud eſt vt fiat per miſſionem in poſſeſſionẽ, eáque miſſio ex magiſtratus authoritate, ſed cum hac differentia quàm ex interpretib. nemo vidit, quod per addictionem pignorum à ſolo magiſtratu factam non interueniente Principis authoritate dominium bonitarium dũtaxat acquiritur creditori, non etiam quiritiarium, quæ duo genera dominij fuerunt olim, manſerúntque ad conſtitutionem vſque Iuſtiniani, *in l. vnic. C. de nud. iur. Quirit. tollend.* vt conſtat ex Vlpiano *in dict. tit. 19. de acquiſit. rer. in fragment.* Et quamuis ea dominiorum diſtinctio ſublata ſit hodie per Iuſtin. *in d. l. vnic.* neceſſariò tamen retinenda eſt quoties in prudentum reſponſis, & anteriorum Imperatorum reſcriptis interpretandis verſamur. Dominium bonitarium, vt iam ſæpius alibi ſcripſimus acquirebatur olim variis modis ſed inter cæteros, cùm quis à prætore vel alio magiſtratu ita mittebatur in poſſeſſionem alicuius rei vt eam ſibi poſſidere iuberetur, quomodo eueniebat in cauſa damni infecti ſi is cuius ædes ruinam minarentur perſeueraret non cauere etiam poſt miſſum vicinum in poſſeſſionem ex primo decreto: Tunc enim iubebatur vicinus ſecundo prætoris decreto eas ædes non tantùm cuſtodiæ & excitandi tædij cauſa vt antea, ſed ſibi & animo domini poſſidere, quæ res faciebat eum dominum ſed bonitarium duntaxat, id eſt hactenus vt ædes illas haberet in bonis ſuis, nec tamen priùs fieret dominus quiritiarius, id eſt iure Quiritium, quàm ipſas vſucepiſſet, *l. 5. l. ſi finita 15. §.*

R

Iulianus, vbi eſt textus elegans, & qui ſine hac duplicis dominij diſtinctione intelligi nullomodo poſſet *D. de damn. infect.* Nec diſſimile quiddam eſt in *l. 2. §. vlt. D. ſi ex noxal. cauſ. ag. st.* Et ratio iuris huius illa erat, quòd neque prætor, neque alius vllus magiſtratus poterat facere dominum quiritiarium, quia nec poterat facere legem, cùm lex vnus eſſet ex iis ſex modis quibus dominium iure Quiritium acquirebatur *§. quos autem Inſt. de bonor. poſſ.* iunct. *§. vlt. Inſt. de hered. qualit. & differ.* Magiſtratus autem quiſquis ille eſt, licèt ſit viua vox legis & iuris ciuilis, *l. nam & ipſum 8. D. de inſtit. & iur.* Attamen neque lex eſt, neque legem facere poteſt. Solus Princeps eam poteſtatem habet ex lege regia, *l. 1. D. de conſtit. Princip.* quoniam ſupra leges eſt cùm ſit ſupra populum qui ſolus legis condendæ habuerat antea poteſtatem, *§. lex eſt Inſt. de iur. natur. gent. & ciuil.* Ideóque neceſſaria fuit olim authoritas Principis, quoties creditor dominium pignoris ſibi addici poſtulabat, vt *in d. l. vlt. C. ſi in cauſ. iudic.* Dominium, inquam, quiritiarium, de quo ſemper intelligendæ ſunt leges omnes quæ de dominio ſimpliciter & abſolutè loquuntur. Nam cùm de bonitario intelligunt, rem in bonis haberi dicunt non in dominio, & eum qui tantùm rem in bonis habet, quaſi nec dominus ſit, domino ſemper opponunt, *d. l. 2. §. vlt. ſi ex noxal. cauſ. agat. l. quamuis 75. de iur. dot. l. 3. D. ſi vſusfr. pet.* iunct. *l. facta 63. in princip. D. ad S C. Trebell. l. 1. D. de bon. or. poſſ.* iunct. *§ quos autem Inſt. eod. tit.* Nec eo minùs tamen verum eſt eum qui rem in bonis habet eſſe dominum, neque poſſeſſionis duntaxat, vt ſcripſit Cuiacius *ad d. l. 1.* ſed etiam rei cuius poſſeſſionem nanciſcitur à Prætore. Poſſeſſionis enim ideò fit mentio tùm maximè cùm agitur de dominio bonitario, quia non ſicut lex dominium plerumque transfert ſine poſſeſſione, vt in hereditatibus & legatis cernere eſt, *l. legatum 80. de leg. 2. l. cùm heredes 23. D. de acquir. poſſ. l. 2. D. de publician. in rem act.* Ita & prætor aut alius quiſquam magiſtratus dominium transferre vnquam poteſt, quin priùs transferat poſſeſſionem, vt neque iure gentium transferuntur dominia ex contractibus niſi per traditionem, *§. per traditionem Inſt. de rer. diuiſ. l. qua ratione 10. §. hæ quoque res D. de acquir. rer. domin.* Quid autem differt ſi ius gentium inſpicias, an quis rem habeat in bonis, an in dominio? Nihil penitus: & ideò ſolemus dicere actionem in rem & vindicationem non tantùm ei dari qui dominus ſit iure ciuili, ſed illi etiam qui dominus ſit iure gentium, *l. in rem 23 D. de rei vindic.* quia & ei competit qui rem in bonis tantùm habet non minùs quàm ſi haberet in dominio quiritiario, *l. rem in bonis 51. de acquir. rer. domin.* Quinimò ſi in re vindicanda concurrat dominus bonitarius cum quiritiario, præferẽdus eſt bonitarius, vt ſcribit Vlp. *in dict. tit. 19. de acquiſ. rer.* & conſtat *ex l. doce 9. C. de rei vindic.* Quę omnia eò ſpectãt, vt intelligamus res pignori captas in executione iudicati, quas nullo exiſtente emptore, prætor aut alius magiſtratus exequens iudicatum addicit victori, iubendo vt eas ille ſibi in creditum poſſideat, vſque adeò fieri in bonis eius qui iudicati executionem vrget vt non poſſit dici quod tamen interpretes noſtri putant, debere illum fructus reddere aut in creditum imputare quos ex iis rebus ſubinde perceperit, tanquam ex re aliena perceptos: cùm poſſit quilibet eam rem ſuam verè dicere quam in bonis habeat, cuius etiam vindicandæ ius habet, *l. Quintus 27. §. argento D. de aur. & arg. leg.* iunct. *d. l. doce, & d. l. rem in bonis.* Vnde illud etiam fit, vt quamuis res aliena pignori dari non poſſit ignorante domino, *l. 1. & tit. C. ſi alien. res pignor. dat. ſit.* ſufficiat tamen creditori agenti hypothecaria vt

probet

probet rem ſibi datam pignori, in bonis fuiſſe debitoris eo tempore quo conueniebat de pignore, *l. & quæ nondum 15. §. quod dicitur* iunct. *l. 3. in princip. D. de pignor. l. ante omnia 23. D. de probat.* Nec vſquam proditum eſt, eum qui rem tantùm in bonis habeat & bonitarius ſolùm ſit dominus, cogendum exigere conſenſum domini quiritiarij ad rem illam obligandam, non magis quàm ad fructus percipiendos, ſuóſque in plenum faciendos, quia fructus rei eſt vel pignori dare licere *l. vlt. D. de vſur.* nec dominus quiritiarius bonitarium quo minùs ſuo iure vtatur prohibere poteſt, *d. l. doce.* & apud Vlp. *d. tit.* 19. Cùm enim Prætoris ſit in vrbe, in prouinciis verò Præſidum qui omnium magiſtratuum vrbanorum vice ac partibus funguntur, actiones litigaturis dare vel denegare: Numquam illi haud dubiè dabunt actionem domino quiritiario, aduerſus eum quem ipſi conſtituerint dominum bonitarium, quippe quem pro vero domino in omnibus habent, *d. l. 1. 2. & 3. de bonor. poſſ. d. l. facta, & l. itatamen 27. §. qui ex Trebelliano D. ad S C. Trebell. l. patri 27. §. 1. de minor. l. ſi filius 12. D. de interrog. in iur. fac. l. neceſſariis 57. D. de acquir. hered.*

ERROR QVINTVS.

De differentia addictionis pignorum & dationis in ſolutum.

ET verò ſi admittendum eſſet quod interpretes volunt, eum cui Prætor pignora addixit in executione iudicati vt ea ſibi in creditum poſſideret, non niſi ius pignoris in iis bonis habere quouſque adiudicationem ſiue dominij impetrationem à Principe meruerit, an non fieret conſequens vt interim totum debitum petere creditor poſſet? Nam nec aliter poſſet fructus à ſe perceptos in ſortē debiti imputare, quod interpretes volunt, quàm ſi debitum ſupereſſet. Quandiu autem ſupereſt, quidni peti etiam poteſt? Atqui de ſuperfluo tantùm Vlpianus loquitur *in d. §. ſi pignora*, cùm negat creditorem qui addictis ſibi pignorib. contentus fuit, nihil amplius petere poſſe. Non ergo dubitat, quin creditor habeat in bonis pignora ſibi addicta, & conſequenter in dominio bonitario, vt proinde fructus quos ex iis percipere poterit ſuos facere debeat, non minùs quàm ſi ea pignora non modò in creditum poſſideret, ſed etiam in ſolutum accepiſſet, quo vtiq; caſu dubitandum non eſſet quin eorũ dominium haberet, nec tantùm bonitarium, ſed etiam Quiritiarium, cùm datio in ſolutum ſit modus habilis ad transferendum per traditionem dominium etiam iure Quiritium, perinde ac venditio cuius inſtar obtinet *d. l. 4. C. de euict. l. ſi in aliam 46. D. de ſolut.* Hoc enim vnum plus eſt in datione in ſolutum quàm in addictione pignorum, quod illa tribuit dominium Quiritiarium, hæc verò non niſi bonitarium, nempe quoniam illa fit ab eo qui ipſe dominus eſt etiam iure Quiritium, hæc verò à magiſtratu iudicatum exequente qui nec dominus eſt, nec dominium quiritiarium transferre poteſt. Non quia non habeat (nam nec habet bonitarium quod tamen transfert) ſed quia non poteſt facere legem, nec tantam poteſtatem habere quantam lex, cuius eſt, dominium illud pleniſſimum iure Quiritium transferre. Cæterùm non minùs addictione pignorũ, quàm datione in

Digitized by Google

ſolutum confundi ius pignoris fatendum eſt quod per dominij cuiuſlibet acquiſitionem confunditur, *l.pen.§.vlt.de except.rei iudic.* Non enim magis fieri poteſt, vt quis pignori teneat eam rem quam in bonis ſuis habet, quàm vt eam cuius ſit dominus iure Quiritium, *vulg. l.neque pignus* 45. *de reg. iur.* cùm non in bonis noſtris ſit, ſed ex alienis quod pignoris titulo poſſidemus *l.pignori* 13. *D.de vſucap.* Quod ſi ius pignoris extinguitur ſuperueniente dominio bonitario, quid obſecro ſupereſt quod facere poſſit vt fructus ex pignoribus addictis perceptos creditor vel reſtituere debeat condemnato, vel in ſortem imputare? Neque enim dominium bonitariũ videri poteſt acquiſitum victori qui antea fuit creditor, quin hoc ipſo debitum pro ſoluto habeatur, non eiuſdem confuſionis ſed quaſi ſolutionis poteſtate. Et huc nimirum pertinet quod ſcriptum eſt *in l.1. C. ſi in cauſ. iudic.pign.capt.ſit.* In vicem iuſtæ obligationis ſuccedere authoritatem iubẽtis, quod vulgo noſtri ſic efferunt, vt dicant factum iudicis eſſe factum partis, *ex l.ſi ob cauſam* 13. *C. de euict.* vt nimirum iuſta obligatio debiti ex iudicato diſſoluatur per addictionem pignorum quæ fit ex authoritate magiſtratus iudicatum exequentis, nõ minus quàm ſi debitum à condemnato ſolueretur. At non etiam vt nihil interſit, an magiſtratus addicat pignora, an creditor det illa in ſolutum. Intereſt enim quàm maximè, nec in eo tantùm quod pertinet ad dominij quiritiarij tranſlationem, ſed in hoc etiam, quòd per dationem in ſolutum factam pro ea ſumma quæ ex iudicato deberetur, tota obligatio extingueretur ipſo iure, haud aliter quàm ſi tantũdem in pecunia ſolutũ eſſet, tametſi multò minoris fuiſſent pignora, neque indigeret debitor vlla pacti taciti exceptione, quia etiam aliud pro alio volenti creditori ſolui poteſt, & æquè hoc caſu pleniſſima cõtingit ipſo iure liberatio *l.manifeſti* 17. *cum l.praeced.C.de ſolut. l.ſi non ſortem* 26. *§.ſi centum D. de condict. indeb.* At per addictionẽ pignorum, quæ creditor ſibi in creditum poſſidere iuſſus eſt, non liberatur debitor ipſo iure niſi in eã vſq; quantitatẽ quæ iuſto pignorũ valori reſpondeat: ita vt non eo minùs poſſet creditor ſuperfluum petere, niſi obſtaret ei tacitum pactum de non petẽdo, & authoritas reſcripti Imperatorum, cuius mentio fit *in d.§.ſi pignora*, & cuius maximè poteſtate fit vt nihil amplius petere creditor poſſit. Quid.n. neceſſe eſſet dicere, videri creditorem tacitè conueniſſe de non petendo credito, quomodo loquitur Vlp. *in d.§.ſi pignora*, ſi per addictionem pignorum, etiam quæ minoris eſſent, tota obligatio tolleretur ipſo iure?

ERROR SEXTVS.

De poteſtate addictionis pignorum ex iure nouo.

SI vera ſunt vt ſunt proculdubio, quę cõtra interpretũ & pragmaticorũ noſtrorũ errorẽ ex ratione iuris veteris proximè diſputauimus: conſequens ſanè eſt tantò grauiùs errare pragmaticos & ipſos quoque interpretes, qui non animaduertunt plus iuris hodie habere creditorem cui magiſtratus in executione iudicati addixit pignora, quàm haberet olim. Nam ſi iam ipſis Vlpiani temporibus ita ius erat, vt creditor cui pignora erant addicta, haberet illa in bonis, nec proinde cogeretur fructus ex iis perceptos imputare in ſortem, quantò minùs hodie ferendum eſt quod iſti

volunt

volunt, vt eam fructuum imputationem etiamnum pati cogatur creditor, cùm iure nouo aucta ſit poteſtas addictionis? Ita verò eſſe vt plus iuris hodie creditor habeat, quàm olim habuerit, quod nemo ânte hunc diem, vt arbitror obſeruauit, non difficile eſt intelligere, ex ijs quæ iam diximus, ſi alia iungas quæ hoc capite dicemus, Addictionis quæ per magiſtratum fiebat in executione iudicati poteſtas olim illa erat vt res pignori captas faceret in bonis creditoris eiuſdémque victoris, atque ita tribueret ei dominium bonitarium, at non etiam quiritiarium vt oſtendimus. Indéque nimirum fiebat, quod etiam monuimus, vt minor eſſet poteſtas huius addictionis, quàm dationis in ſolutum, nec tantùm quod ad tranſlationem dominij quiritiarij, ſed etiam quod pertineret ad extinguendam ipſo iure totius debiti & iudicati obligationem, ſi plus eſſet in debito, quàm in addictorum pignorum æſtimatione. At non idem erat, cùm addictio fiebat ex authoritate Principis cùm eo caſu dubitari non poſſet quin dominium pleniſſimum, id eſt non tantùm bonitarium, ſed etiam quiritiarium in creditorem transferretur *l. vltima C ſi in cauſ. iudic. pign. capt. ſit.* Et ob hanc quoque cauſam non paſſim hoc remedium implorabatur, vt ex Principis authoritate fieret addictio, cùm ius commune & authoritas magiſtratus poſſet ſufficere *arg. l. imperatores 30. ff. de reb. auth. iudic. poſſid.* ſed ita demum ſi per calliditatem, & ambitionem condemnati, factum conſtaret, vt pignorum emptor inueniri non potuiſſet, vt in ſpecie *dict. l. vltim.* Eo ſiquidem caſu exigere res videbatur conſtantius remedium, vt loquuntur Impp. *in l. 3. Codic. de exec. rei iudic.* id eſt non, vt quidam interpretantur, promptius, ſed efficacius & perfectius. Quod & poſtrema illa eiuſdem legis verba ſignificant *vt vel hoc remedio res tamdiu prot. acta ad effectum perducatur.* Nec enim videtur omnino & pleniſſimè perducta res ad ſuum effectum, quandiu dominium quiritiarium pignorum addictorum remanet penes debitorem: quod contingit etiam poſt factam addictionem ſi ſolius magiſtratus authoritas intercesſit cùm eiuſmodi addictio ſolùm faciat vt exinde res incipiat eſſe in bonis victoris, quouſque per longum tempus ab eo poſſeſſa fuerit & vſucapta vt per eam vſucapionem pleniſſimum dominium, id eſt etiam quiritiarium victori acquiratur, vt & *in l. 5. l ſi finita 15. §. Julianus D. de damn. infect.* Dominij enim bonitarij acquiſitio id tantum commune habet cum acquiſitione quiritiarij quod iuſtam eius vſucapiendi cauſam præbet. Itaque cùm in ſpecie *dictæ l. 3. Cod. de execut. rei iudic.* ex facto proponeretur res pignori datas in executione iudicati nullum emptorem inuenire, ſiue ex compacto, ſiue per gratiam & ambitionem condemnati, non dubito, quin quod Imperatoribus reſcriptum eſt in poſſeſſionem earum rerum mittendum eſſe creditorem, ſic accipi debeat, vt per eiuſmodi miſſionem dominium addicatur pleniſſimè creditori etiam Quiritiarium, cùm in ea ſpecie creditor authoritatem Principũ implorasſet, nec dubitari poſſit quin eam poteſtatem Princeps habeat, vt tam facilè dominium quiritiarium ex iuſta cauſa transferat, quàm prætor bonitarium: cùm non modò facere legem poſſit, ſed etiam ſit ſupra leges. Ita ergo ex authoritate Principis addicto pignorum dominio tantundem iuris habebat in re pignorata creditor, quantum ſi data fuiſſent in ſolutum, perindéque debitor ipſo iure liberabatur ab vniuerſo debito, acſi totum in pecunia ſoluiſſet tanquam conuerſis pignoribus in cauſam iudicati. Hodie verò idem contingere dico, etiamſi

R 3

ex ſolius magiſtratus authoritate facta ſit addictio, & ſiue condemnati calliditas & ambitio aliqua interuenerit, ſiue nulla. An quòd vlla in eam rem extet conſtitutio Iuſtiniani, aut alterius Imperatoris? Minimè. Et hoc nimirum eſt quod interpretibus & pragmaticis noſtris impoſuit, ne ius iſtud nouum videre aut ſuſpicari potuerint, qui veteris rationem & poteſtatem penitus ignorabant. Sed quia ſuſtulit Iuſtinianus *in lege vnica Codic. de nud. iur. Quirit. tollend.* diſtinctionem illam duplicis dominij bonitarij & quiritiarij, non quidem tollendo ius & nomen dominij quiritiarij, ſed abrogato nomine bonitarij & aucto eius iure, vt quiſquis poſthac in ea cauſa erit, vt dominium bonitarium fuiſſet ille olim acquiſiturus, acquirat hodie pleniſſimum & quiritiarium, ita ne quo vnquam caſu poſſit quis nudum habere ius dominij quiritiarij, id eſt quin habeat quoque rem in bonis, quæ ratio, vt dixi, tollit quidem dominij bonitarij nomen, ſed ita tamen vt ius ipſius augeat. Quare nec ſic conceptus eſt titulus legis Iuſtinianeæ *De iure Quiritium tollendo*, aut, *De dominio iuris Quiritium tollendo*, ſed *de nudo iure Quiritium tollendo*, vt appareat non dominium quiritiarium ſublatum eſſe, quod eſt ſempérque fuit verum dominium, ſi modò ſit plenum, at nudum illud à quo bonitarium ſeiunctum erat, & quod à bonitario ſeparatum nihil niſi ludibrium videbatur antiquæ ſubtilitatis vt Iuſtinianus loquitur *in dicta lege vnica.* Itaque transfundit Iuſtinianus nomen & ius dominij bonitarij in nomen & ius dominij quiritiarij, ſed pleni, non vt quiſquis habiturus olim fuiſſet nudum dominium quiritiarium, hodie habeat etiam bonitarium, ſed contrà vt quiſquis bonitarium ſolum habere poſſet inſpecta iuris veteris ratione, habeat hodie pro bonitario dominium quiritiarium non nudum ſed ſimplex, plenum, & abſolutum. Cùm igitur ita olim ius eſſet, vt per pignorum addictionem ſolius magiſtratus authoritate factam res captæ pignori fierent in bonis victoris, ſed ita tamen, vt bonitarium duntaxat dominium, non etiam quiritiarium ei acquireretur, indéque neceſſariò fieret, vt nudum dominium Quiritiarium penes debitorem condemnatum ſupereſſet, dico, poſt ſublatum hodie à Iuſtiniano nudum illud ius dominij quiritiarij, neceſſitatem iuris omnino facere vt creditor cui magiſtratus ſolus hodie addixit pignora, non tantùm bonitarius dominus fiat, ſed etiam quiritiarius, & illud ipſum ius nanciſcatur, quod acquirebat olim is cui ex authoritate Principis dominium pignoris pleniſſimum addicebatur: Alioqui fatendum erit ſupereſſe hoc caſu nudum ius dominij Quiritiarij, perinde ac olim in perſona debitoris condemnati, quod tamen Iuſtinianus ſublatum in totum voluit. Idémque eſſe arbitror in ſpecie illa de qua *in dicta l. ſi finita 15. §. Iulianus D. de damn. infect.* cùm is qui ex primo decreto miſſus eſt à Prætore in poſſeſſionem ædium ex cauſa damni infecti ad extorquendam tædio poſſeſſionis cautionem, ſi duretur non caueri, iubetur ex ſecundo decreto ſibi poſſidere. Nam cùm non acquireret olim ex ſecundo illo decreto niſi dominium bonitarium, quouſque per ſubſecutam vſucapionem acquiſitũ eſſet quiritiarium, hodie fatendum eſt pro bonitario quiritiarium acquiri, neque neceſſariam eſſe in eam rem vſucapionem, quæ iure vetere erat neceſſaria *d. §. Iulianus & l. prætoris 5. eod. tit.* Denique omnibus omnino caſibus quibus ita ius erat, vt non niſi bonitarium dominium acquiri poſſet

vt

Digitized by Google

vt in l.2.§.vlt, D. ſi ex noxal. cauſ. agat. l. facta 63. in princip. D. ad SC. Trebell. & alijs quàm plurimis, admittendum neceſſariò eſt vel acquiri hodie Quiritiarium, quod nos adfirmamus, vel ſi bonitarium dominium ſupereſt, etiam nudum dominium iuris Quiritium ſupereſſe, quod tamen Iuſtiniani conſtitutio admittere non poteſt. Excipienda eſt cauſa dotis, ex qua cùm maritus olim acquireret dominium bonitarium ita vt quiritiarium ſolum penes mulierem ſupereſſet *l. quamuis* 75. *D. de iur. dot. l. doce 9. C. de rei vindic.* Iuſtinianus ipſe peruertendo, vt ſolet, fauore mulierum totam nec minùs ſuam, quàm veterem Iuriſprudentiam, conſtituit *in l. in rebus* 30. C. *de iur. dot.* vt verum & plenum dotis dominium etiam conſtante matrimonio ſit mulieris, dominium autem quod eo tempore penes maritum eſſe negare non potuit, non niſi ciuile ac fictitium eſſe intelligatur, de quo alibi ſcripſimus.

ERROR SEPTIMVS.

De impetratione iuris dominij.

ADDICTIONI dominij pignorũ, quæ fit in executione iudicati, finitima eſt impetratio dominij, de qua *in tit. C. de iur. domin. impetr.* & adeò finitima vt interpretes noſtri hæc ſi non nomina, ſaltem iura, quaſi vnum & idem quiddam ſit, confundere videantur. Vtrumque enim auxilium acquirit dominium pignorum creditori, & in vtroque caſu neceſſaria eſt authoritas Principis, ſi inſpicias ius vetus quo ita obtinebat, ſicuti diximus in præcedentibus, vt ſi Principis authoritas non interueniret, addictio pignorum facta ex authoritate ſolius magiſtratus iudicatum exequentis, faceret duntaxat rem in bonis creditoris, nec ei dominium acquireret niſi bonitarium: In quo maximè differebat ab impetratione dominij per quam ſanè dominium pleniſſimum iure Quiritium acquirebatur. Cæterùm tam in addictione pleni & abſoluti dominij pignorum, quàm in iure dominij impetrando neceſſariam fuiſſe Principis authoritatem, conſtat apertiſſimè ex *l. vlt. C. ſi in cauſ. iudic. pign. capt. ſit. l. 2. C. de iur. domin. impetr.* Mihi verò vel ex ipſa nominum diuerſitate perſpicuum eſſe videtur, quantùm iſta & in quo inter ſe differant, Addicere dominium, & impetrare. Addicit magiſtratus ſiue ex ſua, ſiue ex Principis authoritate, & addicit creditori *d. l. vlt.* Impetrat verò creditor ipſe non magiſtratus, nec à magiſtratu, ſed à Principe. Addictio fit ſolo imperio magiſtratus iudicatum exequentis, nec in eam rem ambagibus vllis aut dilationibus opus eſt, tanquam cuius auxilio & remedio non priùs locus ſit, quàm mora longa per debitorem facta fuerit, non tantùm ſolutioni, ſed etiam publicæ pignorum venditioni *d. l. vlt. & l. ordo 3. C. de exec. rei iudic.* At impetratio dominij, neque fiebat olim niſi per magnos longóſque anfractus & circuitus, neque fit hodie, vt cõſtat ex *l. vlt. C. de iur. domin. impetr.* Quam ob cauſam rariſſimus nunc vſus eſt tam

incommodi & importuni remedij, Tametſi nulla poſterior conſtitutio ſit quæ legem illam Iuſtiniani abrogauerit, vt ſcripſimus in noſtro Codice, nam non enim ſtultus olim fuiſſet creditor qui plenum pignoris dominium quod per addictionem ſibi à magiſtratu faciendam ex authoritate Principis, ſtatim ſibi comparare poterat, maluiſſet per tot circuitus à Principe impetrare? An non verò ſtultior eſſet hodie, qui huius impetrationis moras à Iuſtiniano inductas expectare mallet, quàm addictione pignorum à ſolo magiſtratu facienda contentus eſſe, per quam pleniſſimum dominium æque conſecuturus eſſet, etiam non implorata Principis authoritate, tanquam quæ hodie nullomodo ſit in eam rem neceſſaria, ſecundum ea quæ diſputauimus in ſuperioribus. Erroris interpretum cauſa illa fuit, quod addictionis & impetrationis effectum ſolum, non etiam vtriuſque cauſam & originem, quæ potiſſimùm attendenda erat, conſiderarunt. Effectus enim vtriuſque remedij prorſus idem eſt in pleniſſimo pignoris dominio creditori acquirendo, ſed cauſa & origo planè diuerſa: Subiectum quoque circa quod verſatur vtrumque remedium omnino diſſimile. Addictio enim pignorum, cauſam & originem ſumit à neceſſitate iudicati exequendi, quod cùm & neceſſario exequendum ſit ob publicam vtilitatem, tuendámque rerum iudicatarum authoritatem, & non aliter executionem habere poſſit quæ per victorem petitur, quàm ſi & pignora in iudicati executione capiantur, & ex captorum diſtractione precium redigatur quod in iudicati cauſam conuerti poſſit, Diſtractio autem pignorum nulla fieri poſſit cùm emptor nullus inuenitur, neceſſariò fit conſequens vt ad pignorum addictionem tanquam ad vnicum & extremum remedium ſit recurrendum. Eamque addictionem neceſſe ſit fieri à magiſtratu iudicatum exequente: ne alioqui alienum ſit ab eius dignitate ſi cogatur debitoris condemnati voluntatem & conſenſum exquirere ad danda pignora in ſolutum, cùm executionem iudicati non minùs oporteat fieri in debitorem inuitum, quàm iudicium in eum quoque inuitum reddi neceſſe fuit *l. inter ſtipulantem 83. §. 1. de verb. oblig. l. ſi longius 7. C. de exec. rei iudic.* Neque rurſum fieri poteſt, vt creditor qui executionem iudicati vrget, impetret dominium pignorum, non dico à magiſtratu qui concedere ipſe non poſſet, ſed neque à Principe, tametſi impetrationis auxilium eligere creditor malit, quoniam prius eſt vt quis pignus habeat, quàm vt eius dominium impetrare poſſit: Verum autem eſt creditorem non habere pignora quæ capiuntur in executione iudicati, quia non creditori ipſi dantur qui poſtulat executionem iudicati, ſed magiſtratui qui exequitur iudicatum: Ideóque non tam dari quàm capi dicuntur, ſiquidem etiam ſi à condemnato non darentur, perinde tamen caperentur, A quo autem? An à creditore ipſo? Minimè. Vim námque faceret, ſi ipſe caperet *l. miles 6. §. qui iudicati D. de re iudic.* Ergo à magiſtratu. Vnde & hanc pignorum capionem pragmatici noſtri appoſito licèt barbaro vocabulo appellant leuationem & reductionem ad manus Curiæ, vt ſignificent ea pignora non à creditore, ſed à Curia, & vt etiam loquuntur, à iuſtitia ipſa poſſideri, & teneri. Quonam igitur caſu, inquies, dominium pignorum impetrare poteſt creditor? Eo nimirum, quo habet pignora, quorum dominium impetrari poſſit. Id verò contingit in pignore conuentionali, de quo nominatim loquuntur leges omnes quæ ſunt ſub illo *tit. C. de iur. domin. impetr.* Non enim negari poteſt quin creditor pignoratitius habeat pignus, nec tantùm ius ipſum pignoris,

quod

Digitized by Google

quod habet etiam ille qui ſimpliciter conuenit de pignore, quem magis propriè creditorem hypothecarium appellamus, ſed ipſius quoque rei obligatæ poſſeſſionem, ſiquidem propriè pignus dicitur cuius poſſeſſio tranſit ad creditorem, *l. ſi rem* 9. *§. propriè l. cùm & ſortis* 35. *§.* 1. *D. de pignor. act.* ſolum ergo ſupereſt ius dominij quod impetrare poſſit & debeat, ſi id malit, quàm pignoris diſtractiònem publicam vrgere. Quamquam nec hodie aliter fieri poteſt hæc impetratio, quàm ſi conſtet venditionem pignorum peragi non poſſe, vt ex iis apparet quæ Iuſtinianus ſanxit, *in d. l. vlt. C. de iur. domin. impetr.*

ERROR OCTAVVS.

De differentia pignoris iudicialis & prætorij, maximè circa addictionem. Ad l. ſi & iure 10. *D. qui potior. in pignor. hab.*

CONFVNDVNT plerumque interpretes, & pragmatici noſtri non quidem nomina, ſed iura pignoris prætorij & pignoris iudicialis, quaſi inter ea vel nihil penitus, vel parum interſit. Nos differentias pleraſque obſeruauimus, de quibus iam ſcripſimus & in libris noſtris Coniecturarum, & in prioribus Decadibus. Sed addemus nunc aliam quæ non parui momenti eſt, circa pignorum addictionem, vt appareat tam differre hac parte pignus prætorium à iudiciali, quàm differt vtrumque à conuentionali. Pignus iudiciale de quo hucuſque diximus illud eſſe cõſtat, quod capitur in executione iudicati. Prætorium verò quod cõſtituitur per Prætorem ante ſententiam miſſo creditore in poſſeſſionem bonorum debitoris latitantis quem nemo defendit: ſic dictum, non quòd in eo Prætoris authoritas interueniat, (Nam & ſimiliter interuenit in pignòre iudiciali) ſed quia cõſtituitur ex prætoris edicto, & iure ordinario, *l.* 3. *C. vt in poſſ. legat.* cùm pignus iudiciale in iudicati executione capiatur extra ordinem *l. ſi pignora* 54. *D. de euict.* vt benè Cuiacius noſter docuit *lib.* 5. *Obſer. cap.* 30. Atque hæc quidem vna eſt ex differentiis quæ ſunt inter pignus prætorium, & iudiciale. Sed potiſſima, & quæ ad rem noſtram magis pertinet illa eſt, quod pignus prætorium incipit à miſſione in poſſeſſionẽ *l. non eſt mirum* 26. *§.* 1. *D. de pignor. act. l. miſſo* 12. *D. pro emptor. l.* 3. *§.* 1. *D. de reb. eor. qui ſub tutel. l.* 1. *&* 2. *C. de prætor. pignor. l. qui legati* 5. *C. vt in poſſeſſ. legat.* Pignus verò iudiciale deſinit in miſſionem in poſſeſſionem, & ab ea finem accipit, *l.* 3. *C. de exec. rei iudic.* Pignus prætorium datur à magiſtratu & accipitur à creditore, *d. l. qui legati.* Iudiciale verò capitur à magiſtratu, nec ideò vt detur creditori, ſed vt diſtrahatur, & pecunia in iudicati cauſam conuertatur: ex quo illud etiam fit, quod Cuiacius non prætermiſit, vt miſſus in poſſeſſionem à prætore dicatur occupare pignus prætorium, *l.* 2. *& l. cùm rempublicã C. qui potior. in pignor. hab.* Illud verò quod ex cauſa iudicati conſtituitur per officium capiatur, & diſtrahatur non etiam occupetur ab eo ſecundum quem iudicatum eſt, *l.* 2. *C. ſi in cauſ. iudic. pign. capt. ſit.* Quod tamen non ſic accipiendũ eſt, quaſi liceat creditori occupare propria authoritate bona ſui debitoris mittendo ſeipſum in eorum poſſeſſionem ad conſtituendum pignus prætorium (perinde enim hic vim faceret, acſi in executione iudicati res debitoris per ſeipſum occuparet *l. miles* 6. *§. qui indicati D. de re iudic.* tantoque magis

Digitized by Google

quanto fauorabilior eſt cauſa creditoris poſt ſententiam quàm ante) ſed ita debet id accipi, vt creditor qui ex edicto prætoris mortui miſſus eſt in poſſeſſionem à Prætore viuo, poſſit exinde occupare bona debitoris iure pignoris prætorij, quod non ſimiliter fieri poſſet conſtituto pignore iudiciali. Nam nec poſt captum pignus in executione iudicati poteſt creditor illud occupare, ſiue vt ipſe diſtrahat, ſiue vt pignoris iure id retineat, nempe quia nullum ideò pignus habet ſed magiſtratus qui cepit ad exequendum iudicatum. Nec poſſum probare quod vult Cuiacius pignus iudiciale conſtitui in perſonam creditoris, ad differentiam pignoris prætorij, quod dicitur conſtitui in rem, *l. cùm vnus, 12. D. de reb. author. iudic. poßid.* Nam quod ſcriptum eſt, *in l. ſi & iure 10. D. qui potior. in pign. hab.* qua vna vir doctiſſimus mouetur, ex illis verbis, *in cuius perſona pignus conſtitutum eſt,* ad pignus conuentionale pertinet non ad iudiciale, verúſque legis illius ſenſus eſt ille quem Fornerius tradidit 2. *ſelect. cap.* 7. Creditorem pignoratitium qui cõuentione pignoris ſibi proſpexerat, adeóque ipſius heredem licèt nihil ipſe conuenerit de pignore, nec vllũ ius habere videatur niſi ex quo heres fuit, potiorem eſſe illo qui poſterior à prætore pignus prætorium acceperit, ídque priuilegio temporis, hoc eſt eo ipſo iure communi quo alij cuilibet poſteriori creditori pignus conuentionale habenti præferretur. Dubitandi enim ratio erat, quod maior videatur eſſe debere authoritas & poteſtas edicti & prætoriæ iuriſdictionis, ex qua pignus prætorium deſcendit, quàm priuatæ vllius conuentionis, ne alioqui facilè accidat vt ob anteriorem aliquam priuati pignoris conuentionem eiuſmodi miſſiones in poſſeſſionem ex edicto prætoris factæ, ſint inanes & illuſoriæ quod à prætoris dignitate ac imperio alienum videtur, *l. ſi prætor 75. D. de iudic. l. vlt. D. ne quid in loc. public.* maximè verò ſi creditori prætorium pignus habenti res ſit non cum creditore pignoratitio conuentionali, ſed cum ipſius herede qui non niſi poſt contractum pignus prætorium in conuentionali ſucceſſerit. Sed decidendi ratio eſt, quia prætoris beneficium nemini debet eſſe captioſum *l. Paulus notat. 8. D. de præt. ſtipulat.* nec debet authoritas edicti damno adficere creditorem, qui ſibi diligenter proſpexerat, *l. 3. D. de ſeparat.* & conſequenter nec eius heredem qui eodem iure vtitur. Et verò abſurdum eſt quærere, An in iudiciali pignore potior ſit is cuius nomine priùs captum eſt pignus ex cauſa iudicati, cùm fieri non poſſit, vt quod vnius nomine captum eſt ab eo magiſtratu cui capiendi ius fuit, iterum alterius nomine capiatur, ſiquidem ſecundam quoque capionem ab eodem magiſtratu fieri neceſſe eſſet: Alioqui non ab eo fieret, cui faciendi ius eſſet, atque ita eundem magiſtratum contraria & pugnantia ſtatuere oporteret, neque rurſum ideò tantùm capitur pignus vt cautum ſit creditori pro quo iam iudicatum eſt, ſed vt diſtrahatur, & ex precio ſatisfieri poſſit victori qui iudicati executionẽ poſtulat, & conſequenter ex eo tempore affecta eſt res quæ pignori capitur, ne poſtea iterum capi vnquam poſſit, quod pragmatici quoque noſtri admittunt vulgari illo brocardico, *cas ſur cas,* & *ſaiſie ſur ſaiſie n'ha point de lieu,* nec proinde fieri poteſt vt huiuſmodi pignora in executione iudicati capiantur vnius nomine, & alterius nomine diſtrahantur. Vna enim tantùm executio eſt duabus tamen conſtans partibus capione, & diſtractione, quam executionem ſi diuidas, non duas facies, ſed nullam. Et hanc noſtram interpretationem illud mirificè confirmat, quod Vlpianus non niſi de vno loquitur pro quo & iure iudicatum ſit, & pignus in cauſa iudicati captum

fuerit

Digitized by Google

fuerit: Cùm tamen ponendum neceſſariò eſſet plures eſſe huius generis creditores ſi de illorum concurſu quæreretur. Item quod nihil attinebat tractare de herede illius in cuius perſona pignus conſtitutum eſſet, ſi de pignore iudiciali, ea verba intelligi poſſent, debebátque Vlpianus ita potiùs ſcribere, *in cuius perſona pignus conſtitutum priùs eſt*, vt appareret tractari de duobus creditoribus quorum par in omnibus & æqualis cauſa eſſet, niſi quod alius prior tempore, alius poſterior inueniretur. At opponit Vlpianus eum pro quo & iudicatum & pignus captum eſt, ei in cuius perſona pignus conſtitutum fuit, non eum pro quo priore facta eſt executio iudicati ei pro quo poſteriore, nimirum quia fieri nequit, vt res quæ ex cauſa iudicati ſemel pignori capta eſt, poſteà pignori detur, quomodo è contrario fit plerunque vt bona quæ per expreſſam conuentionem ſiue ſpecialiter, ſiue generaliter data ſunt pignori, etiam in executionem iudicanti capiantur poſtulante illo qui nullum adhuc ius pignoris habeat in boñis condemnati, quod cùm euenit, potior cauſa eſt eius qui habet ius anterius pignoris conuentionalis, non vt poſsit impedire quominùs eadem res pignori capiatur in executione iudicati & diſtrahatur, ſed hactenus vt ex precio pignoris venditi priùs ei ſatisfiat, nec antè ius ſui pignoris cogatur dimittere quàm fuerit ei ſatisfactum, *d.l. à Diuo Pio §. quod ſi res D. de re iudic.* Singulari quidem fauore ac priuilegio executionis rerum iudicatarum, cùm regulare ſit, vt anterior creditor, nec priùs nec aliter poſsit inquietari in ſuo pignore, quàm ſi poſterior ſibi conſulat per ius offerendi, vt ſcriptum eſt in eodem §. & *in l.1. l. prior §. & paſſ.* C. *qui potior. in pignor. hab.* Sed illo tamen rationis colore, quòd non creditor ipſe pro quo iudicatum eſt, pignus capit, ſed magiſtratus, licèt nomine priuati creditoris, magiſtratum autem cogi offerre abſurdum eſſet, cùm intererſit eius quatenus magiſtratus eſt, adeóque reipublicæ, vt quod ſiue ab ipſo, ſiue ab alio quem iudicem dederat iudicatum fuit, mãdetur executioni. Sufficítque anteriori pignoratitio creditori quòd nulla ei per capionem & diſtractionem pignoris iudicialis fiat iniuria, cùm pecuniam ſibi debitam prior conſequatur. Quemadmodum autem poteſt fieri vt pignus conuentionale anterius cõcurrat in eandem rem cum pignore iudiciali poſteriore, ita &, vt pignus prætorium conſtitutum ſit in ea re, quæ poſtea in executione iudicati capiatur pignori: quo caſu æquè certum eſt potiorem eſſe cauſam pignoris prætorij tanquam anterioris, vt in ſpecie *d.l. 2. C. qui pot. in pignor. hab.* haud aliter quàm ſi ſecundus creditor chirographarius tantùm eſſet, non etiam pignoratitius, vt *in l.3. eod. l.2. in fin. D. eod.* At iudicialis pignoris ea in contrarium ratio & condicio eſt vt poſtquàm ſemel captum fuit nullum aliud pignus poſsit admittere, neque conuentionale, quoniam in eo non tantùm priuati creditoris vtilitas, ſed etiam magiſtratus authoritas offenderetur, qui pignus ipſe cepit ad exequendum iudicatum.

ERROR NONVS.

De prætorio pignore conſtituto in executione iudicati.

Digitized by Google

ILLVD tamen obſeruandum eſt quod pauci obſeruant, etiam in executione iudicati poſſe pignus prętorium cõſtitui, miſſo ſcilicet victore in poſſeſſionem bonorum debitoris iudicati ſeruãdi cauſa, quomodo loquitur Imp. *in d.l.cùm rempublicam 3.Co.qui potior.in pign.hab.* Quid enim refert ad prętorium pignus cõſtituendum, an ex iudicato, an ex qua alia cauſa debeatur? An ergo perinde dicendum erit, nihil referre, an ex cauſa iudicati captum ſit pignus iudiciale, an conſtitutum prętorium? Imò intererit quàm maximè, nec minùs, quàm ſi ante ſententiã pignus prętorium conſtitutum eſſet: habet enim hoc quoque pignus prætorium naturam ſuam, nec ideò exiſtimandũ eſt in victoris poteſtate eſſe, an in executione iudicati pignus prętoriũ contrahi malit, quàm iudiciale. Non enim ex eius arbitrio id pendet, ſed ex mera neceſſitate iuris, vt ſcilicet tùm demùm contrahi poſſit & cõſtitui pignus prętorium ex cauſa iudicati, cùm pignus iudiciale capi non poteſt: quod non alio caſu contingit quàm quo victus latitat, ne ſecum peragi executio iudicati poſſit, quæ ſine eo peragi nullomodo poteſt. Neque enim ſtatim ac ſententia lata eſt proceditur ad capionem & diſtractionem pignorum, ſed iuſſum præcedere oportet ſoluẽdi intra certum tempus quod ſufficere pro condemnati facultate videatur. Tum ſi intra diem vel ab initio datum vel ex iuſta cauſa poſtea prorogatum non ſoluatur, capiuntur pignora vt vendantur, nec tamen ſtatim venduntur, ſed ita ſi intra duos menſes non ſoluat condemnatus: vt apertè ſcriptum eſt *in l.debitoribus* 31.*ff.de rei iudic.* quorum omnium nihil eſt quod fieri poſſit condẽnato latitante poſt ſententiam. Neceſſitas igitur iuris facit vt hoc quoque caſu perinde confugiendum ſit ad remedium pignoris prętorij, & incipiendum à miſſione & poſſeſſione pignorum, ne alioqui nulla ſuperſit ratio proſpiciendi creditori, cuius tamen cauſam non ob id deteriorem fieri conuenit, quòd vicerit *l.3.ff.de vſur.l.eadem* 16.*ff.de except.rei indic.* Cæterùm etiã cùm ex cauſa iudicati pignus prætorium conſtitutum eſt, eædem ſollennitates ad eius diſtractionem ſeruandæ ſunt, quæ in alio quolibet prætorio pignore diſtrahendo ſeruarentur, perindéque incipit illud vt cætera prætoria pignora à miſſione in poſſeſſionem, & definit in venditionem. Quid igitur ſi pignus prætorium non inueniat emptorem: An addicendum erit victori vt illud poſſideat ſibi in creditum, acſi de pignore iudiciali ageretur? Ita putat Caſtrenſis *ad d.§.ſi pignora.* Ratione illa quam proximè attulimus, quod non debeat melior eſſe condicio eius qui nondum obtinuit ſententiam, quàm eius qui iam obtinuit: (quærimus enim de prætorio pignore generaliter, cuius regulariter vſus eſt ante ſententiam, & contra eum qui quoniam latitat, condemnari non poteſt.) Is verò qui obtinuit cogatur pignus accipere pro debito ſi emptor nullus inueniatur. Sed ego neque ſententiam, neque rationem hanc probo, ac quod magis eſt, neque puto fieri poſſe vt prætorium pignus etiam volenti creditori addicatur, quod etiam inuito ſi iudiciale eſſet addiceretur, Nempe quoniam addicere non alius poteſt, quàm magiſtratus, nec rurſum magiſtratus alia pignora quàm quæ ipſe ceperit. Quo enim iure addiceret creditori pignus quod ipſe magiſtratus non teneret? Quare nec vllo iuris loco proditum eſt pignus conuentionale poſſe addici creditori, quinimò generaliter ſcriptum video *in l.pro debito* 6. *C.de bon.auth.indic.poſſid.* Non iure poſtulare creditores vt ſibi pro debito bona debitoris addicãtur: Qui tamen locus, vt & totus ille titulus ad prætorium pignus maximè pertinet quod cõſtitui diximus per miſſionẽ in poſſeſſionem

loco

Digitized by Google

non eſt mirum 26.§.1.*D.de pignor.act.* Nec placet illa noſtrorum interpretatio, qui eam legem ſic intelligunt quaſi ſenſus ſit, non eſſe incipiendum ab additione pignorum, ſed tamen ſi non ſatisfiat addici tandem debitoris bona creditori pro debito poſſe. Numquam enim de pignoris addictione tractari poteſt, niſi cùm de pignore iudiciali agitur, quia nec neceſſe eſt, cùm alia ſit ratio cõſulendi creditoribus ſiue pignus conuentionale habeant ſiue prætorium, nimirum per impetrationem dominij implorata in eam rem Principis authoritate *l.* 1. 2. *&* 3. *Cod. de iur. domin. impetr.* Nam qui non ſolùm ius pignoris habet, ſed etiam rem ipſam pignori obligatam tenet ac poſſidet, quidni etiam ius dominij impetrare poſſit? At capto pignore iudiciali in executione iudicati non poteſt eo impetrationis remedio conſuli creditori, qui licèt ius pignoris habeat in re capta, quia eius nomine capta eſt, id eſt non quaſi ex eius mandato, nec quaſi ipſe per magiſtratus miniſterium pignus ceperit, ſed ad ipſius commodum & vtilitatem *dict. l.* 2. *Co. qui potior. in pign. hab. d. l. à Dino Pio §. ſi rerum D. de re iudic.* Rem tamen ipſam pignori captam non tenet nec poſſidet: vt proinde non niſi ſtultè ac ridiculè tractare poſſit de iure dominij impetrando, qui necdum poſſeſſionem habeat, ſine qua non magis Princeps quàm prætor ſolet dominium tribuere *l.* 3. *ff. ſi vſuſſ. pet.* Illud igitur auxilium & remedium vnicum ſupereſt, vt prætor aut alius magiſtratus exequens iudicatum, addicat pignus victori ſi emptor nullus inueniatur, non mittendo eum in poſſeſſionem quomodo ſi de prętorio pignore conſtituendo ageretur, ſed iubendo eum ſibi poſſidere pignus, atque ita faciendo ipſum non modò poſſeſſorem, ſed etiam dominum bonitarium, vt docuimus in præcedentibus quæ res neceſſitatem tollit impetrandi à Principe dominij, quippe quod iam creditor habeat, niſi fortè quatenus velit creditor fieri dominus etiam iure Quiritium: quo tamen caſu non magis impetratio dominij neceſſaria eſt, ſufficiente ſcilicet in eam rem addictione dummodò fiat ex authoritate Principis, iure ſcilicet vetere inſpecto, de quo *in l. vlt. C. ſi in cauſ. iudic. pign. capt. ſit.* hodie ſiquidem ſublato nudo iure dominij quiritiarij ſufficit factam eſſe addictionem ex ſolius magiſtratus authoritate vt pleniſſimum dominium victori acquiratur, tantóque minùs neceſſaria dominij impetratio eſt.

ERROR DECIMVS.

De differentia pignoris prætorij & iudicialis ad l.2.C.de prætor. pignor.

ET ad hanc pignoris prætorij & iudicialis differentiam videtur Iuſtinianus noſter reſpexiſſe *in l.* 2. *C. de prætor. pignor.* cùm duplex genus hypothecarum conſtituit, vnum quod ex conuentionibus & pactis hominum naſcitur, aliud, inquit, quod à iudicibus datur & prætorium nuncupatur: nulla iudicialis pignoris addita mentione, An quia non ſit illud æquè pignus? Imò eſſe leges omnes clamant, an potiùs quòd iudiciale pignus ſub appellatione prætorij contineri poſſit, vt nos aliquando exiſtimabamus? Ne hoc quidem. Quomodo enim contineretur cùm in tam multis, adeóque ferè in omnibus differant? Sed quia pignus iudiciale non datur à prætore vt prętorium ſed capitur: Prętorium contrà non capitur à prætore ſed datur, hoc ipſo quod prætor mittit creditorem in poſſeſſionem omnium bonorum debitoris, vnde eſt quod dicimus prætorium pignus non priùs conſtitui quàm ventum ſit in poſſeſſionem *d. l. non eſt*

Digitized by Google

mirum 26.§.1.de pignor.act. Sed & res quæ pignori capiuntur in executione iu-
dicati, dantur à debitore, ſed non creditori at magiſtratui à quo capiuntur,
ideóque cùm de pignore iudiciali agimus, promiſcuè dicimus res pignori da-
tas & captas *l.1.2.& 3.Cod.ſi in cauſ.iudic.pign.capt.ſit.* Etſi frequentius eſt vt ca-
ptæ dicantur quàm datæ, vt in tota *d.l.à Diuo Pio.* quia etiam inuito debitore
capiuntur, tametſi nihil ſit quod ille dare velit. At pignus prætoriũ non datur
à debitore prætori, ſed ex ſolo edicto & iuriſdictione prætoris conſtituitur
non ſolùm inuito ſed etiã abſente & ignorante debitore quem ponimus lati-
tare. *l.cùm ſecundum 9.C.de bon.author.iudic.poſſid.* Denique pignus iudiciale pi-
gnus quidem eſt ſed non tale pignus quod à creditore poſſideatur, aut pro
quo poſſit creditor vllam habere actionem, aut aliud ius vllum exequi, niſi
vt imploret officium magiſtratus iudicatum exequentis, ad hoc vt rem illam
pignori captam diſtrahat, & quidem præſenti pecunia vt creditori ſtatim &
omnimodo ſatisfiat *d.l.à Diuo Pio.§.ſed ſi emptor.* Adeò vt ſi emptor cui pigno-
ra ſunt addicta precium non ſoluat, nulla in eum actio danda ſit creditori
neque in res captas, quaſi fuerint aliquando pignori obligatæ, quod ſi eſſet
hypothecaria ſanè competeret, tamdiúque duraret quandiu verum foret ſo-
lutam non eſſe pecuniam *l.pen.§.1.de except.rei iudic.l.grege 13.§.etiam ff.de pi-
gnor.l.debitor 59.ff.ad SC.Trebell.* Sed hactenus tantùm ſuccurritur creditori, vt
idem magiſtratus, qui ius pignoris & induxerat, per capionem, & extinxerat
per addictionem, eadem pignora rurſum capiat, & diſtrahat quaſi non vincu-
lo pignoris liberata, vt ait Vlp. *in d.§.ſed ſi emptor in fin.* Pignus verò prętorium
cùm à magiſtratu detur creditori, in ipſius bonis verè eſt, eiúſque non modò
retinendi ius habet creditor, ſed etiam recuperandi, ſi fortè poſſeſſionem eius
amiſerit, ſaltem poſt Iuſtiniani conſtitutionem quæ hoc ius non tam induxit
quàm certum fecit *in l.2.C.de prætor.pignor.* Ne dubitare poſſimus pignus præ-
torium à conuentionali in modo quidem conſtituendi differre, ſed quod ad
ius & poteſtatem pignoris attinet, nõ differre: Iudiciale verò ab vtroque ma-
ximè differre, cùm in cæteris ferè omnibus, tum pręcipuè circa addictionem
& dominij impetrationem, an & circa diſtractionem? Ita eſt: nam pignus prę-
torium non poteſt diſtrahi niſi poſt certa tempora arbitrio prętoris ſtatuẽda
vt bene ſentit Cuiacius poſt alios *d.c.30.arg.l.3.§.vlt.de acquir.poſ.iunct.l.prætor
7.l.ſi finita 15.§.non autem ſtatim ff.de damn.infect.* niſi quod à Iuſtiniano ea tem-
pora definita ſunt, vt teſtatur ipſe *in l.vlt.C.de bon.author.iud.poſſ.* etſi conſtitu-
tionem qua id factum eſt, non habemus in libris noſtris, vt credibile ſit ſcri-
ptam eam fuiſſe in priore Codice & prætermiſſam in poſteriore. Hoc enim
malo, quàm quod Alciatus dixit expungenda eſſe verba illa *à nobis* quæ ſunt
in d.l.vlt. At pignori iudiciali diſtrahendo duo menſes præſtituti ſunt *d.l.de-
bitoribus 31.D.de re indic.* Vt quod ſcriptum eſt *in d.l.à Diuo Pio §.in venditione*
Pignora in iudicati executione capi mox diſtrahi, ſic accipi debeat acſi ſcri-
ptum eſſet *deinde diſtrahi*, quomodo Cuiacius interpretatur, non autem vt
diſtractio fieri debeat in cõtinenti, niſi malis diſtinguere hac parte pignus iu-
diciale conſtitutũ in rebus mobilibus à pignore conſtituto in rebus ſoli. Nam
de rebus mobilibus Vlpianus loquitur cùm ait, iubere magiſtratum eas capi
mox diſtrahi, vſúſque forenſis hoc etiam obſeruat, præſertim apud nos qui
ſtatutum in eam rem habemus, vt aliter & citiùs minoréque ſollennitate
diſtrahantur res mobiles, quàm immobiles. Quamquam & in immo-
bilibus ita ſeruatur vt inter capionem pignorum, quam leuationem vo-
cant

Digitized by Google

ant ; & primam ſubhaſtationem medium aliquod tempus intercedere t neceſſe , ita tamen vt infra decem dies , quomodo ſtatutum loquitur, rima ſubhaſtatio fiat, id eſt, quomodo Senatus noſter ſemper interpretatus ſt non poſt, ſed intra decimum diem qui ipſe in decendio illo computetur. Nam quemadmodum bona immobilia nõ per pauciores quàm viginti dies venalia manere debent ex verbis ipſis ſtatuti : Sic neque per plures quàm quatuor & viginti, vt ſcripſimus in *Codice Tit. de execut. rei iudic.* Cæterùm illa etiam differentia eſt inter pignoris iudicialis, & pignoris prætorij diſtractionem, quod quandiu pignus prætorium diſtractum non eſt, remanet in poſſeſſione creditoris, Pignus verò iudiciale nec à debitore, nec à creditore poſſidetur nec tenetur, ne quidem cuſtodiæ cauſa, ſed remanet in manibus Curiæ in quas ſemel reductum fuit per capionem & leuationem, vt pragmatici loquuntur. Quoniam ideò captum fuit vt diſtraheretur, non vt interim aut vnquam pignoris iure per creditorem qui iudicati executionẽ poſtulat, retineretur. Pignoris conuentionalis omnino diuerſa ratio eſt, Nam neque incipit à miſſione in poſſeſſionem, vt prætorium, neque deſinit in miſſionẽ vt iudiciale, ſed incipit à conuentione ſiue pignoris poſſeſſio tranſlata ſit in creditorem, ſiue non ſit tranſlata, & finem accipit per diſtractionem, aut per dominij impetrationem *l. vlt. C. de iur. dom. impetr.* Poteſt quidem, ſi pragmaticis noſtris credimus, creditor pignoratitius conuentionalis petere mitti ſe in poſſeſſionẽ rei obligatæ ſi nuda cõuentione pignoris ſibi proſpexerit contracta potiùs hypotheca quàm pignore *l. ſi rẽ. 9. §. propriè D. de pignor. act.* quia per quaſi Seruianã poſſeſſio auocatur *l. ſi cùm venditor 66. §. 1. D. de euict. l. 3. C. de pignor. l. ſi debitor 10. in fin. D. eod.* Sed non ideò incipit pignus à miſſione, at à conuentione, cùm ex eo tempore res ſit obligata, & tanquam obligata vindicari poſſit per quaſi Seruianam *l. ſi fundus 16. §. in vindicatione D. de pignor.* Quod enim ad hypothecariam formulam pertinet, non differt pignus ab hypotheca, niſi nudo nominis ſono *l. 5. §. penult. eod. tit.* Nec rurſus verum eſt hypothecariæ actionis formulam illam eſſe vt petat actor mitti ſe in poſſeſſionem, ſed vt in ea re ius pignoris vel hypothecæ vindicet, nulla poſſeſſionis mentione facta, petátque vt niſi arbitrio iudicis res reſtituetur, fiat condemnatio ex bono & æquo *l. ſi fundus 16. §. in vindicatione l. ſi inter 21. §. vlt. D. de pignor.* vt & in cæteris actionibus arbitrariis *§. praeterea Inſt. de action.* De quo ſcribemus pluribus *in Error. vlt. Decad. 62.*

***

ANTONII FABRI I.C. SEBVSIANI, SENATORIS SABAVDIENSIS, ET IN GEBENNENSIS DVCATVS AVDITORIO PRAESIDIS,

DE ERROR. PRAGMAT. ET INTERPR. IVR.

DECAS LVII.

ERROR PRIMVS.

De poſſeſsione bonorum omnium debitoris acquiſita per clauſulam conſtituti.

SICVT in contractibus qui hodie fiunt tam frequens ferè e[ſt] clauſula conſtituti quàm conuentionis de pignore, cùm oli[m] ſola pignoris clauſula frequentaretur, vt conſtat ex *l. & qu[i] nondum 15. §. quod dicitur D. de pignor.* iunct. *l. 3. C. eod.* Ita euen[it] quotidie vt per eam conſtituti clauſulam bonorum omniu[m] debitoris poſſeſſio in creditorem transferatur, perinde ac generalis eſſe ſole[t] conuentio pignoris vt bona debitoris omnia præſentia & futura credit[ori] obſtringantur. Quæ res facit, vt paſſim creditores pigneratitij, qui per ea[m] conſtituti clauſulam ſibi proſpexerunt, petant ſe retineri in poſſeſſione bo[]norum omnium debitoris, ad ea tenenda & poſſidenda iure pignoris & hy[]pothecæ; quouſquè debiti totius & acceſſionum omnium nomine pleniſſi[]mè ſit ſatisfactum. Nec tantummodò ſi debitor poſſideat, eo iure vtimur, q[ui] caſus minorem habet dubitationem, ſed quod magis eſt, etiamſi ex bon[is] debitoris quorum poſſeſſio trãſlata fuerat in creditorem, aliquid fuerit al[ie]natum, quod hodie à tertio eodémquè bonæ fidei poſſeſſore teneatur, dum[]modò is qui agit creditor imploret beneficium clauſulæ conſtituti, & leg[is] vltimæ *C. de acquir. poſſ.* cuius eam ſententiam eſſe noſtri volunt, vt ei qui ſe[]mel factus ſit quoquomodo poſſeſſor, nihil noceat interuerſam eſſe à deb[i]tore aut alio quolibet poſſeſſionem, ſi velit eo vti remedio ad auocandam retinendámque priſtinam illam quam habuit ante interuerſionem. Ita fit qui à debitore vel locupletiſſimo rem aliquam comparauit, numquam tut[us] eſſe poſſit, quominùs à creditore quantumlibet exiguæ ſummæ inquietet[ur], ſi malit creditor poſſeſſionem ſuam vindicare, quàm eam quæ debitor fuerat, per hypothecariam & quaſi Seruianam actionem auocare. Nã agen[te] hypothecaria poſſet tertius bonæ fidei poſſeſſor exceptionem obiicere no[n]

fact

Digitized by Google

factæ excuſſionis, atque ita ſibi proſpicere, & ſecuritatem acquirere: cui exceptioni non ſimiliter locus eſſe poteſt, aduerſus agentem auocatoria ex cõſtituto per condictionem, *ex d.l. vlt.* quia per hypothecariam creditor non ſuam ſed debitoris poſſeſſionem auocat, *l. ſi cùm venditor 66. §. 1. D. de euict. l. ſi fundus 16. §. in vindicatione D. de pignor.* Per condicionem verò non debitoris ſed ſuam, *d.l. vlt. C. de acquir. poſſ.* Porrò dici non poteſt quàm ſit hoc incommodum & oneroſum non modò debitori, cui ſanè poſſet imputari cur ita contraxerit, bonorúmque ſuorum omnium poſſeſſionem in creditorẽ tranſtulerit, ſed etiam omnibus cum debitore contrahentibus, no facilè exiſtẽte qui velit rem aliquã emere aut pignori accipere ab eo, quẽ ſciat nihil poſſe in alium transferre, ne quidem commodum poſſeſſionis. Augetur verò iuris huius iniquitas ex eo, quod cùm hypothecaria poſſit inhiberi per ius offerendi qualiſcumque poſſeſſor ſit is qui offert, quia de iure poſſeſſoris quærendum nihil eſt ſoluto pignore, *l. Paulus 12. §. 1. D. quib. mod. pign. vel hypoth. ſoluit.* condictio tamen ex noua Iuſtiniani conſtitutione, *in d.l. vlt.* non magis per ius offerendi quàm alia vlla ratione impediri poteſt, ſi noſtris credimus, præſertim Iacobo Menochio *de recup. poſſ. remed. 14. quæſt. 17. num. 60.* & Carolo Ruino, *conſil. 77. Lib. 5.* quippe per quam non de litigatorum iure, ſed de ſola poſſeſſione contenditur, quæ verò poſſeſſori erepta beneficio nouæ legis aut reſtituitur ei, aut conſeruatur. Quid autem abſurdius & iniquius dici poteſt, quàm eum qui emerit rẽ aliquã ex bonis tui debitoris obligatã tibi antea cũ cæteris reb. omnibus, adiecta etiam clauſula conſtituti rem illam retinere nullomodo poſſe, nec ſi paratus ſit offerre tibi quod debetur? Quid rursũ iniuſtius quàm eum qui decem tantùm in ære alieno, mille verò in bonis habeat, nihil omnino ex bonis ſuis alienare poſſe, quod creditor tam exiguæ quantitatis non ſit ſtatim à poſſeſſore quolibet quamuis iuſto auocaturus? Nam & iniquitatis huius euitandæ gratia videtur iam olim ius ita conſtitutum fuiſſe, vt tametſi liberum eſſet creditori pignoratitio ius dominij impetrare, id eſt rem ſibi obligatam dominij iure retinere, numquam tamen poſſet bona debitoris ſui omnia ſibi poſſidere, nec ſi ea omnia iure pignoris obſtricta tenere probaretur, *l. 1. C. de iur. domin. impetr.* Ne ſcilicet aliter poſito iure accideret facilè vt pro minima & exigua quantitate debita, ingentis patrimonij poſſeſſio tam debitori ipſi quàm iis omnibus, qui ab eo cauſam haberent, auferretur: etſi enim plus damni eſt in iactura dominij, quàm in iactura poſſeſſionis, non minùs tamen eſt incommodi ſi poſſeſſio quàm ſi dominium amittatur, propter commoda tam multa quæ habet poſſeſſio, ſiue de proprietate, ſiue de poſſeſſione litigandum ſit, ſiue de fructuum perceptione contendendum, ex quo euenire paſſim videmus vt pro tuenda poſſeſſione quam ſibi quiſque ex litigatoribus aſſerat grauioribus plerumque rixis & acrioribus odiis decertetur, quàm cùm de ſola dominij cauſa diſputatur. Ita vt ſequeſtratio ſæpe neceſſaria ſit ne maioris tumultus occaſio detur: cui tamen numquam locus eſt propter ſolam de dominio quæſtionem. Nec eſt quod quis obiiciat in prætorio pignore idem euenire, vt in poſſeſſionem bonorum omnium debitoris mitti poſſit vel vnus ex creditoribus, *l. cùm vnus, 12. D. de reb. author. iudic. poſſid.* Nam præter id quod ea poſſeſſio longè minoris momenti eſt, tanquam quæ cuſtodiam duntaxat non etiam ius poſſeſſionis tribuat, *l. ſi ante 10. §. 1. D. de acquir. poſſ. l. 2. D. pro hered. l. cùm legatorum, 12. D. quib. ex cauſ. in poſſ. eat.* In illo etiam diſpar & diſsimilis condicio eſt pignoris

T

prætorij,& pignoris conuentionalis,de qua nunc agimus, quòd pignus præ torium in rem eſt non in perſonam,nec ei tantùm prodeſt qui prior impe trat à prætore vt in poſſeſſionem mittatur,ſed cæteris quoq; omnibus credi toribus,qui & ipſi omnes in poſſeſſionē miſſi hoc ipſo intelliguntur, *d. l. cu vnus*. At pignus conuentionale non alij prodeſt quàm illi qui ipſe pignus ac cepit,cæteris autem creditoribus nocet potiùs,ſiue anteriores,ſiue poſterio res eſſe proponantur: qua ex differentia etiam illa naſcitur, quòd poſſeſſi illa bonorum omnium quæ per pignoris prætorij cōſtitutionem acquiritu non modò non nocet cæteris creditoribus, ſed etiam prodeſt non minù quàm ſi ipſi prætorium pignus impetraſſent: at quæ acquiritur per conſtitu clauſulam ei cuius nomine conſtituit debitor ſe vniuerſa bona ſua poſſidere nocet cæteris adeò vt etiamſi corporalem pignorum poſſeſſionem tenean tueri eam tamen non poſſint ſi ſint poſteriores,adeóque nec ſi interdum ſi anteriores,vt ex iis conſtat quæ ſcripſimus in noſtro Codice *ſub tit. de acqu poſſ.* Ceſſat igitur in prætorio pignore iniquitas illa,qua mouemur ne in cō uentionali quoque idem admittendū eſſe arbitremur,quod nō ſit ferendū pro minima fortè debiti quantitate bonorum omniū debitoris opulentiſſi poſſeſſio,nō magis quàm vt dominiū creditori vlli addicatur:quod vtiq; ſi maximo & debitoris & cæterorū eius creditorū incōmodo fieri non poteſ

ERROR SECVNDVS.

De clauſula cōſtituti poſita in ſpeciali cōuentione pignoris poſtmodùm à debitore alienat

PROINDE,ſi quid mei iudicij eſt,permitti non deberet, vt ge nerali conuentioni pignoris , generalis quoque conſtitu clauſula ſubiiceretur,ſed eā coanguſtari oporteret ad ſpecia pignoris & certæ rei conuentionem quæ vniuerſa debitor bona minimè comprehenderet. Hoc enim addendum eſt v cautionem illam excludam,quam pragmatici plerique inue xerunt,de obligandis generaliter bonis omnib. debitoris & ſpecialiter vna quaque parte & particula ipſorum.Quo remedio aſſequuntur vt vtriuſq; hy pothecæ & generalis & ſpecialis cōmoda omnia creditor habeat, neutri verò ſeparatim conſtitutæ incōmoda vereatur, quale inter cętera vulgo e creditur generalis hypothecæ,vt minùs rē afficiat quàm ſpecialis,tū quoqu cùm adnexā habet clauſulā conſtituti:quod tamē nos alibi refutauimus, ſpe cialis verò hypothecæ,vt excutienda neceſſariò ſit priuſquàm ad generale perueniri poſſit,niſi per conuentionē expreſſam ſibi creditor proſpexerit, generalis hypotheca deroget ſpeciali,nec ſpecialis generali, *l. 2.* vbi noſtri n tant *C. de pignor*. Cæterùm cùm tanta ſaltem,ſi non maior,poteſtas ſit clau læ conſtituti & hypothecę ad ſingulas res debitoris applicatæ,quāta eſſet ei quę generaliter vniuerſa debitoris bona cōprehēderet,nō magis ferre po vt per ſpecialē conuentionē, quàm vt per generalē poſſeſſio bonorū omn debitoris in vnū ex creditorib. ſolū trāsferatur,ne alioqui quod vna via pro hibitū eſſet,alia æquè facili & obuia permitteretur. cōtra *l. ſcire 21. §. 1. D. de tu & curat. d. tit. l. 5. §. ſi pupillus D. de reb. eor. qui ſub tutel.* Tantò autē iuſtior vide hæc noſtra ſentētia debet,quāto improbabilius illud eſt,quod iidē interpre tes & pragmatici noſtri inuexerunt,Conſtituti vim & poteſtatē eam eſſe, ſi cōſtitutor rē alienauerit,& corporalē poſſeſſionē in aliū tranſtulerit, lice cōſtitutario eā auocare à tertio quantùlibet bonæ fidei poſſeſſore, dūmo

Iuſt.

Digitized by Google

Iuſtinianeæ legis beneficium imploret: cùm tamen illa ipſa Iuſtiniani cõſtitutio non ad eum duntaxat caſum pertineat, quo is qui alieno nomine poſſidebat poſſeſſionem dereliquerit aut alij prodiderit, vt eam ille alius occuparet, non etiam ad eum, quo poſſeſſio ab ipſo tradita fuerit, & in alium tranſlata, vt pluribus à nobis diſputatum eſt in prima Chiliadis parte. Quid enim abſurdius eſt, quàm permittere conſtitutario, vt poſſeſſionem auocet quaſi ſuã ab eo qui ipſe ſuo nomine, ac proprio iure, iuſtóque titulo longum fortè tempus poſſederit? *l. Pomponius 29. D. quib. mod. vſusfr. amit.* Erit verò abſurditas euidentior, ſi eam ſententiam ſequare quæ à pragmaticis noſtris magis probatur, vt beneficium, *d. l. vlt. C. de acquir. poſſ.* ad retinendam magis quàm ad recuperandam poſſeſſionem ſpectet: quamquam contraria ſententia mihi ſemper probabilior viſa eſt, quam & Menochius ad legem illam tuetur, ne recuperandæ poſſeſſionis remedium illud ſit, non retinendæ. Poſſeſſio ſiquidẽ cùm ſit facti nullo iuris auxilio retineri poteſt, quin amittatur ſtatim atque occupata eſt per eum qui nõ alieno ſed proprio ſuo nomine poſſidere velit, etiamſi prædo ſit, nec titulum vllũ ſuæ poſſeſſionis queat obtendere *l. ſi de eo 40. §. 1. l. peregrè 44 & paſſ. D. de acquir. poſſ.* Multò magis ſi bonæ fidei poſſeſſor proponatur: ſolúmq; ſupereſt ei qui poſſeſſionem amiſit remedium, vt vel de dominio diſputet per rei vindicationem, vel de poſſeſsione recuperanda per interdictũ aut per actiones ciuiles in eã rem comparatas: non autem de retinenda illa quam verè factóque ipſo amiſerit: niſi fortè illud quoque paullatim volumus inducere, quod fuerit multò abſurdius, vt eiuſdem rei duo ſint eodem tempore veri, adeóq; iuſti poſſeſſores, ille nimirum qui per conſtitutorem poſſidebat, & ille rurſum qui à conſtitutore non tantùm poſſeſſionem ſed etiam dominium rei acquiſiuerit, quod nec admitterent ex veteribus Iureconſultis ij qui defendebant poſſe à duobus eandem rem eodem tempore in ſolidum poſſideri ſed ab vno iuſtè, ab alio iniuſtè. *l. 3. §. ex contrario eod. tit. de acquir. poſſ.*

ERROR TERTIVS.

De iure offerendi aduerſus creditorem agentem condictione ex l. vlt. C. de acquir. poſſ.

SEd nec illud rurſũ probabile vnquã fieri potuit, quod ſuperiore capite dixi pleriſq; interpretib. placuiſſe, vt ſi creditor hypothecarius cuius nomine debitor cõſtituerat ſe rẽ obligatã poſsidere agat cõdictione ex *l. vlt. C. de acqui. poſſ.* ad auocãdã poſſeſsionẽ quę in bonæ fidei poſſeſſorẽ tranſlata reperiatur, nõ ſit audiẽdus poſſeſſor debitũ offerẽs ad ſummouendũ creditorẽ. Sic. n. Carolus Ruinus, & Iacob. Menoch. locis ſ. citatis: Idẽ Menoch. *remed. 3. adipiſc. poſſ. de Saluian. interd. n. 182.* cũ quib. ne ſẽtire poſsim illud facit, quod tametſi iudiciũ de poſſeſsione ſiue retinẽda ſiue recuperãda dicatur eſſe ſummariũ quod proinde vix vllas patiatur exceptiones, quæ ad iuris & dominij cauſã quoquomodo ptineãt, quia de poſſeſsione prius & ante omnia cognoſcẽdũ eſt, *l. ſi de vi 37. D. de iudic. l. ordinarij 13. C. de interdict. l. vnic. vbi not. C. ſi de momẽt. poſſ. fue. appel.* Pẽdet tamẽ ea poſſeſsio quę ꝑ clauſulã cõſtituti cũ pignore creditori acquiritur, ex iure ipſo pignoris cuius veluti ſequela quædã & appẽdix eſt, nec. n. alia cauſa fingi poteſt trãſlatę vel trãsferendæ in creditorẽ poſſeſsionis rerũ obligatarũ, quàm quod ei res illæ prius fuerint pignori obligatæ, vt tantò ſecurior eſſet creditor, quãtò cõmodior & expeditior eſſe ſolet pignoris retẽtio quàm perſecutio, *l. ſi rẽ 9. §. propriè l. cùm & ſortis 35. in fin. D. de pignorat. act. l. 1. D. de pignorib.* cui cõſeq: ẽs eſt vt ſoluto ꝑ oblationẽ totius debiti iure pignoris, nihil cauſæ ſuperſit cur creditori fauere debeamus certãti de poſſeſsione ſua, ſiue retinẽda, ſiue recuperãda: nec ſi malæ fidei poſſeſſor & prædo ꝓponatur is qui creditori cõtrouerſiã

Digitized by Google

quanto fauorabilior eſt cauſa creditoris poſt ſententiam quàm ante) ſed ita debet id accipi, vt creditor qui ex edicto prætoris mortui miſſus eſt in poſſeſſionem à Prætore viuo, poſſit exinde occupare bona debitoris iure pignoris prætorij, quod non ſimiliter fieri poſſet conſtituto pignore iudiciali. Nam nec poſt captum pignus in executione iudicati poteſt creditor illud occupare, ſiue vt ipſe diſtrahat, ſiue vt pignoris iure id retineat, nempe quia nullum ideò pignus habet ſed magiſtratus qui cepit ad exequendum iudicatum. Nec poſſum probare quod vult Cuiacius pignus iudiciale conſtitui in perſonam creditoris, ad differentiam pignoris prætorij, quod dicitur conſtitui in rem, *l. cùm vnus, 12. D. de reb. author. iudic. poſſid.* Nam quod ſcriptum eſt, *in l. ſi & iure 10. D. qui potior. in pign. hab.* qua vna vir doctiſſimus mouetur, ex illis verbis, *in cuius perſona pignus conſtitutum eſt*, ad pignus conuentionale pertinet non ad iudiciale, verúſque legis illius ſenſus eſt ille quem Fornerius tradidit *2. ſelect. cap. 7.* Creditorem pignoratitium qui cōuentione pignoris ſibi proſpexerat, adeóque ipſius heredem licèt nihil ipſe conuenerit de pignore, nec vllū ius habere videatur niſi ex quo heres fuit, potiorem eſſe illo qui poſterior à prætore pignus prætorium acceperit, ídque priuilegio temporis, hoc eſt eo ipſo iure communi quo alij cuilibet poſteriori creditori pignus conuentionale habenti præferretur. Dubitandi enim ratio erat, quod maior videatur eſſe debere authoritas & poteſtas edicti & prætoriæ iuriſdictionis, ex qua pignus prætorium deſcendit, quàm priuatæ vllius conuentionis, ne alioqui facilè accidat vt ob anteriorem aliquam priuati pignoris conuentionem eiuſmodi miſſiones in poſſeſſionem ex edicto prætoris factæ, ſint inanes & illuſoriæ quod à prætoris dignitate ac imperio alienum videtur, *l. ſi prætor 75. D. de iudic. l. vlt. D. ne quid in loc. public.* maximè verò ſi creditori prætorium pignus habenti res ſit non cum creditore pignoratitio conuentionali, ſed cum ipſius herede qui non niſi poſt contractum pignus prætorium in conuentionali ſucceſſerit. Sed decidendi ratio eſt, quia prætoris beneficium nemini debet eſſe captioſum *l. Paulus notat. §. D. de præt. ſtipulat.* nec debet authoritas edicti damno adficere creditorem, qui ſibi diligenter proſpexerat, *l. 3. D. de ſeparat.* & conſequenter nec eius heredem qui eodem iure vtitur. Et verò abſurdum eſt quærere, An in iudiciali pignore potior ſit is cuius nomine priùs captum eſt pignus ex cauſa iudicati, cùm fieri non poſſit, vt quod vnius nomine captum eſt ab eo magiſtratu cui capiendi ius fuit, iterum alterius nomine capiatur, ſiquidem ſecundam quoque capionem ab eodem magiſtratu fieri neceſſe eſſet: Alioqui non ab eo fieret, cui faciendi ius eſſet, atque ita eundem magiſtratum contraria & pugnantia ſtatuere oporteret, neque rurſum ideò tantùm capitur pignus vt cautum ſit creditori pro quo iam iudicatum eſt, ſed vt diſtrahatur, & ex precio ſatisfieri poſſit victori qui iudicati executionē poſtulat, & conſequenter ex eo tempore affecta eſt res quæ pignori capitur, ne poſtea iterum capi vnquam poſſit, quod pragmatici quoque noſtri admittunt vulgari illo brocardico, *cas ſur cas*, & *ſaiſie ſur ſaiſie n'ha point de lieu*, nec proinde fieri poteſt vt huiuſmodi pignora in executione iudicati capiantur vnius nomine, & alterius nomine diſtrahantur. Vna enim tantùm executio eſt duabus tamen conſtans partibus capione, & diſtractione, quam executionem ſi diuidas, non duas facies, ſed nullam. Et hanc noſtram interpretationem illud mirificè confirmat, quod Vlpianus non niſi de vno loquitur pro quo & iure iudicatum ſit, & pignus in cauſa iudicati captum

fuerit.

Digitized by Google

fuerit: Cùm tamen ponendum neceſſariò eſſet plures eſſe huius generis creditores ſi de illorum concurſu quæreretur. Item quod nihil attinebat tractare de herede illius in cuius perſona pignus conſtitutum eſſet, ſi de pignore iudiciali, ea verba intelligi poſſent, debebátque Vlpianus ita potius ſcribere, *in cuius perſona pignus conſtitutum prius eſt*, vt appareret tractari de duobus creditoribus quorum par in omnibus & æqualis cauſa eſſet, niſi quod alius prior tempore, alius poſterior inueniretur. At opponit Vlpianus eum pro quo & iudicatum & pignus captum eſt, ei in cuius perſona pignus conſtitutum fuit, non eum pro quo priore facta eſt executio iudicati ei pro quo poſteriore, nimirum quia fieri nequit, vt res quæ ex cauſa iudicati ſemel pignori capta eſt, poſteà pignori detur, quomodo è contrario fit plerunque vt bona quæ per expreſſam conuentionem ſiue ſpecialiter, ſiue generaliter data ſunt pignori, etiam in executionem iudicanti capiantur poſtulante illo qui nullum adhuc ius pignoris habeat in bonis condemnati, quod cùm euenit, potior cauſa eſt eius qui habet ius anterius pignoris conuentionalis, non vt poſsit impedire quominùs eadem res pignori capiatur in executione iudicati & diſtrahatur, ſed hactenus vt ex precio pignoris venditi priùs ei ſatisfiat, nec antè ius ſui pignoris cogatur dimittere quàm fuerit ei ſatisfactum, *d.l. à Diuo Pio §. quod ſi res D. de re iudic.* Singulari quidem fauore ac priuilegio executionis rerum iudicatarum, cùm regulare ſit, vt anterior creditor, nec priùs nec aliter poſsit inquietari in ſuo pignore, quàm ſi poſterior ſibi conſulat per ius offerendi, vt ſcriptum eſt in eodem §. & *in l.1. l. prior §. & paſſ. C. qui potior. in pignor. hab.* Sed illo tamen rationis colore, quòd non creditor ipſe pro quo iudicatum eſt, pignus capit, ſed magiſtratus, licèt nomine priuati creditoris, magiſtratum autem cogi offerre abſurdum eſſet, cùm interſit eius quatenus magiſtratus eſt, adeóque reipublicæ, vt quod ſiue ab ipſo, ſiue ab alio quem iudicem dederat iudicatum fuit, mãdetur executioni. Sufficítque anteriori pignoratitio creditori quòd nulla ei per capionem & diſtractionem pignoris iudicialis fiat iniuria, cùm pecuniam ſibi debitam prior conſequatur. Quemadmodum autem poteſt fieri vt pignus conuentionale anterius cõcurrat in eandem rem cum pignore iudiciali poſteriore, ita & , vt pignus prætorium conſtitutum ſit in ea re, quæ poſtea in executione iudicati capiatur pignori : quo caſu æquè certum eſt potiorem eſſe cauſam pignoris prætorij tanquam anterioris, vt in ſpecie *d.l. 2. C. qui pot. in pignor. hab.* haud aliter quàm ſi ſecundus creditor chirographarius tantùm eſſet, non etiam pignoratitius, vt *in l.3. eod. l.2. in fin. D. eod.* At iudicialis pignoris ea in contrarium ratio & condicio eſt vt poſtquàm ſemel captum fuit nullum aliud pignus poſsit admittere, neque conuentionale, quoniam in eo non tantùm priuati creditoris vtilitas, ſed etiam magiſtratus authoritas offenderetur, qui pignus ipſe cepit ad exequendum iudicatum.

ERROR NONVS.

De prætorio pignore conſtituto in executione iudicati.

Digitized by Google

ILLVD tamen obſeruandum eſt quod pauci obſeruant, etiam in executione iudicati poſſe pignus prętorium cōſtitui, miſſo ſcilicet victore in poſſeſſionem bonorum debitoris iudicati ſeruādi cauſa, quomodo loquitur Imp. *in d.l.cùm rempublicam 3.Co.qui potior.in pign.hab.* Quid enim refert ad prętorium pignus cōſtituendum, an ex iudicato, an ex qua alia cauſa debeatur? An ergo perinde dicendum erit, nihil referre, an ex cauſa iudicati captum ſit pignus iudiciale, an conſtitutum prętorium? Imò intererit quàm maximè, nec minùs, quàm ſi ante ſententiā pignus prętorium conſtitutum eſſet: habet enim hoc quoque pignus prætorium naturam ſuam, nec ideò exiſtimandū eſt in victoris poteſtate eſſe, an in executione iudicati pignus prętoriū contrahi malit, quàm iudiciale. Non enim ex eius arbitrio id pendet, ſed ex mera neceſſitate iuris, vt ſcilicet tùm demùm contrahi poſſit & cōſtitui pignus prętorium ex cauſa iudicati, cùm pignus iudiciale capi non poteſt: quod non alio caſu contingit quàm quo victus latitat, ne ſecum peragi executio iudicati poſſit, quæ ſine eo peragi nullomodo poteſt. Neque enim ſtatim ac ſententia lata eſt proceditur ad capionem & diſtractionem pignorum, ſed iuſſum præcedere oportet ſoluēdi intra certum tempus quod ſufficere pro condemnati facultate videatur. Tum ſi intra diem vel ab initio datum vel ex iuſta cauſa poſtea prorogatum non ſoluatur, capiuntur pignora vt vendantur, nec tamen ſtàtim venduntur, ſed ita ſi intra duos menſes non ſoluàt condemnatus: vt apertè ſcriptum eſt *in l.debitoribus 31.ff.de rei iudic.* quorum omnium nihil eſt quod fieri poſſit condēnato latitante poſt ſententiam. Neceſſitas igitur iuris facit vt hoc quoque caſu perinde confugiendum ſit ad remedium pignoris prętorij, & incipiendum à miſſione & poſſeſſione pignorum, ne alioqui nulla ſuperſit ratio proſpiciendi creditori, cuius tamen cauſam non ob id deteriorem fieri conuenit, quòd vicerit *l.3.ff.de vſur.l.eundem 16.ff.de except.rei iudic.* Cæterùm etiā cùm ex cauſa iudicati pignus prætorium conſtitutum eſt, eædem ſollennitates ad eius diſtractionem ſeruandæ ſunt, quæ in alio quolibet prætorio pignore diſtrahendo ſeruarentur, perindéque incipit illud vt cætera prætoria pignora à miſſione in poſſeſſionem, & deſinit in venditionem. Quid igitur ſi pignus prætorium non inueniat emptorem? An addicendum erit victori vt illud poſſideat ſibi in creditum, acſi de pignore iudiciali ageretur? Ita putat Caſtrenſis *ad d.§.ſi pignora.* Ratione illa quam proximè attulimus, quod non debeat melior eſſe condicio eius qui nondum obtinuit ſententiam, quàm eius qui iam obtinuit: (quærimus enim de prætorio pignore generaliter, cuius regulariter vſus eſt ante ſententiam, & contra eum qui quoniam latitat, condemnari non poteſt.) Is verò qui obtinuit cogatur pignus accipere pro debito ſi emptor nullus inueniatur. Sed ego neque ſententiam, neque rationem hanc probo, ac quod magis eſt, neque puto fieri poſſe vt prætorium pignus etiam volenti creditori addicatur, quod etiam inuito ſi iudiciale eſſet addiceretur, Nempe quoniam addicere non alius poteſt, quàm magiſtratus, nec rurſum magiſtratus alia pignora quàm quæ ipſe ceperit. Quo enim iure addiceret creditori pignus quod ipſe magiſtratus non teneret? Quare nec vllo iuris loco proditum eſt pignus conuentionale poſſe addici creditori, quinimò generaliter ſcriptum video *in l.pro debito 6. C.de bon.auth.iudic.poſſid.* Non iure poſtulare creditores vt ſibi pro debito bona debitoris addicātur: Qui tamen locus, vt & totus ille titulus ad prætorium pignus maximè pertinet quod cōſtitui diximus per miſſionē in poſſeſſionem

bono-

l.non eſt mirum 26.§.1.D.de pignor.act. Nec placet illa noſtrorum interpretatio, qui eam legem ſic intelligunt quaſi ſenſus ſit, non eſſe incipiendum ab addictione pignorum, ſed tamen ſi non ſatisfiat addici tandem debitoris bona creditori pro debito poſſe. Numquam enim de pignoris addictione tractari poteſt, niſi cùm de pignore iudiciali agitur, quia nec neceſſe eſt, cùm alia ſit ratio cõſulendi creditoribus ſiue pignus conuentionale habeant ſiue prætorium, nimirum per impetrationem dominij implorata in eam rem Principis authoritate *l. 1. 2. & 3. Cod. de iur. domin. impetr.* Nam qui non ſolùm ius pignoris habet, ſed etiam rem ipſam pignori obligatam tenet ac poſſidet, quidni etiam ius dominij impetrare poſſit? At capto pignore iudiciali in executione iudicati non poteſt eo impetrationis remedio conſuli creditori, qui licèt ius pignoris habeat in re capta, quia eius nomine capta eſt, id eſt non quaſi ex eius mandato, nec quaſi ipſe per magiſtratus miniſterium pignus ceperit, ſed ad ipſius commodum & vtilitatem *dict. l. 2. Co. qui potior. in pign. hab. d. l. à Diuo Pio §. ſi rerum D. de re iudic.* Rem tamen ipſam pignori captam non tenet nec poſſidet: vt proinde non niſi ſtultè ac ridiculè tractare poſſit de iure dominij impetrando, qui necdum poſſeſſionem habeat, ſine qua non magis Princeps quàm prætor ſolet dominium tribuere *l. 3. ff. ſi vſuſſi pet.* Illud igitur auxilium & remedium vnicum ſupereſt, vt prætor aut alius magiſtratus exequens iudicatum, addicat pignus victori ſi emptor nullus inueniatur, non mittendo eum in poſſeſſionem quomodo ſi de prętorio pignore conſtituendo ageretur, ſed iubendo eum ſibi poſſidere pignus, atque ita faciendo ipſum non modò poſſeſſorem, ſed etiam dominum bonitarium, vt docuimus in præcedentibus, quæ res neceſſitatem tollit impetrandi à Principe dominij, quippe quod iam creditor habeat, niſi fortè quatenus velit creditor fieri dominus etiam iure Quiritium: quo tamen caſu non magis impetratio dominij neceſſaria eſt, ſufficiente ſcilicet in eam rem addictione dummodò fiat ex authoritate Principis, iure ſcilicet vetere inſpecto, de quo *in l. vlt. C. ſi in cauſ. iudic. pign. capt. ſit.* hodie ſiquidem ſublato nudo iure dominij quiritiarij ſufficit factam eſſe addictionem ex ſolius magiſtratus authoritate vt pleniſſimum dominium victori acquiratur, tantóque minùs neceſſaria dominij impetratio eſt.

ERROR DECIMVS.

De differentia pignoris prætorij & iudicialis ad l. 2. C. de prætor. pignor.

ET ad hanc pignoris prætorij & iudicialis differentiam videtur Iuſtinianus noſter reſpexiſſe *in l. 2. C. de prætor. pignor.* cùm duplex genus hypothecarum conſtituit, vnum quod ex conuentionibus & pactis hominum naſcitur, aliud, inquit, quod à iudicibus datur & prætorium nuncupatur: nulla iudicialis pignoris addita mentione, An quia non ſit illud æquè pignus? Imò eſſe leges omnes clamant, an potiùs quòd iudiciale pignus ſub appellatione prætorij contineri poſſit, vt nos aliquando exiſtimabamus? Ne hoc quidem. Quomodo enim contineretur cùm in tam multis, adeóque ferè in omnibus differant? Sed quia pignus iudiciale non datur à prætore vt prętorium ſed capitur: Prętorium contrà non capitur à prætore ſed datur, hoc ipſo quod prætor mittit creditorem in poſſeſſionem omnium bonorum debitoris, vnde eſt quod dicimus prætorium pignus non priùs conſtitui quàm ventum ſit in poſſeſſionem *d. l. non eſt*

Digitized by Google

mirum 26.§.1.*de pignor.act.* Sed & res quæ pignori capiuntur in executione iudicati, dantur à debitore, ſed non creditori at magiſtratui à quo capiuntur, ideóque cùm de pignore iudiciali agimus, promiſcuè dicimus res pignori datas & captas *l.1.2.& 3.Cod.ſi in cauſ.iudic.pign.capt.ſit.* Etſi frequentius eſt vt captæ dicantur quàm datæ, vt in tota *d.l.à Diuo Pio.* quia etiam inuito debitore capiuntur, tametſi nihil ſit quod ille dare velit. At pignus prætoriũ non datur à debitore prætori, ſed ex ſolo edicto & iuriſdictione prætoris conſtituitur non ſolùm inuito ſed etiã abſente & ignorante debitore quem ponimus latitare. *l.cùm ſecundum* 9.*C.de bon.author.iudic.poſſid.* Denique pignus iudiciale pignus quidem eſt ſed non tale pignus quod à creditore poſſideatur, aut pro quo poſſit creditor vllam habere actionem, aut aliud ius vllum exequi, niſi vt imploret officium magiſtratus iudicatum exequentis, ad hoc vt rem illam pignori captam diſtrahat, & quidem præſenti pecunia vt creditori ſtatim & omnimodo ſatisfiat *d.l.à Diuo Pio.§.ſed ſi emptor.* Adeò vt ſi emptor cui pignora ſunt addicta precium non ſoluat, nulla in eum actio danda ſit creditori, neque in res captas, quaſi fuerint aliquando pignori obligatæ, quod ſi eſſet, hypothecaria ſanè competeret, tamdiúque duraret quandiu verum foret ſolutam non eſſe pecuniam *l.pen.§.1.de except.rei iudic.l.grege* 13.*§.etiam ff.de pignor.l.debitor* 59.*ff.ad SC.Trebell.* Sed hactenus tantùm ſuccurritur creditori, vt idem magiſtratus, qui ius pignoris & induxerat, per capionem, & extinxerat per addictionem, eadem pignora rurſum capiat, & diſtrahat quaſi non vinculo pignoris liberata, vt ait Vlp. *in d.§.ſed ſi emptor in fin.* Pignus verò prętorium cùm à magiſtratu detur creditori, in ipſius bonis verè eſt, eiúſque non modò retinendi ius habet creditor, ſed etiam recuperandi, ſi fortè poſſeſſionem eius amiſerit, ſaltem poſt Iuſtiniani conſtitutionem quæ hoc ius non tam induxit quàm certum fecit *in l.2.C.de prætor.pignor.* Ne dubitare poſſimus pignus prætorium à conuentionali in modo quidem conſtituendi differre, ſed quod ad ius & poteſtatem pignoris attinet, nõ differre: Iudiciale verò ab vtroque maximè differre, cùm in cæteris ferè omnibus, tum pręcipuè circa addictionem, & dominij impetrationem, an & circa diſtractionem? Ita eſt: nam pignus prętorium non poteſt diſtrahi niſi poſt certa tempora arbitrio prętoris ſtatuẽda, vt bene ſentit Cuiacius poſt alios *d.c.*30.*arg.l.3.§.vlt.de acquir.poſ.* iunct. *l.prætor* 7.*l.ſi finita* 15.*§.non autem ſtatim ff.de damn.infect.* niſi quod à Iuſtiniano ea tempora definita ſunt, vt teſtatur ipſe *in l.vlt.C.de bon.author.iud.poſſ.* etſi conſtitutionem qua id factum eſt, non habemus in libris noſtris, vt credibile ſit ſcriptam eam fuiſſe in priore Codice & prætermiſſam in poſteriore. Hoc enim malo, quàm quod Alciatus dixit expungenda eſſe verba illa *à nobis* quæ ſunt *in d.l.vlt.* At pignori iudiciali diſtrahendo duo menſes præſtituti ſunt *d.l.debitoribus* 31.*D.de re indic.* Vt quod ſcriptum eſt *in d.l.à Diuo Pio §.in venditione,* Pignora in iudicati executione capi mox diſtrahi, ſic accipi debeat acſi ſcriptum eſſet *deinde diſtrahi*, quomodo Cuiacius interpretatur, non autem vt ea diſtractio fieri debeat in cõtinenti, niſi malis diſtinguere hac parte pignus iudiciale conſtitutũ in rebus mobilibus à pignore conſtituto in rebus ſoli. Nam de rebus mobilibus Vlpianus loquitur cùm ait, iubere magiſtratum eas capi mox diſtrahi, vſúſque forenſis hoc etiam obſeruat, præſertim apud nos qui ſtatutum in eam rem habemus, vt aliter & citiùs minoréque ſollennitate diſtrahantur res mobiles, quàm immobiles. Quanquam & in immobilibus ita ſeruatur vt inter capionem pignorum, quam leuationem vocant,

Digitized by Google

cant, & primam ſubhaſtationem medium aliquod tempus intercedere ſit neceſſe, ita tamen vt infra decem dies, quomodo ſtatutum loquitur, prima ſubhaſtatio fiat, id eſt, quomodo Senatus noſter ſemper interpretatus eſt non poſt, ſed intra decimum diem qui ipſe in decendio illo computetur. Nam quemadmodum bona immobilia nõ per pauciores quàm vigınti dies venalia manere debent ex verbis ipſis ſtatuti: Sic neque per plures quàm quatuor & viginti, vt ſcripſimus in *Codice Tit. de execut. rei iudic.* Cæterùm illa etiam differentia eſt inter pignoris iudicialis, & pignoris prætorij diſtractionem, quod quandiu pignus prætorium diſtractum non eſt, remanet in poſſeſſione creditoris, Pignus verò iudiciale nec à debitore, nec à creditore poſſidetur nec tenetur, ne quidem cuſtodiæ cauſa, ſed remanet in manibus Curiæ in quas ſemel reductum fuit per capionem & leuationem, vt pragmatici loquuntur. Quoniam ideò captum fuit vt diſtraheretur, non vt interim aut vnquam pignoris iure per creditorem qui iudicati executionẽ poſtulat, retineretur. Pignoris conuentionalis omnino diuerſa ratio eſt, Nam neque incipit à miſſione in poſſeſſionem, vt prætorium, neque deſinit in miſſionẽ vt iudiciale, ſed incipit à conuentione ſiue pignoris poſſeſſio tranſlata ſit in creditorem, ſiue non ſit tranſlata, & finem accipit per diſtractionem, aut per dominij impetrationem *l. vlt. C. de iur. dom. impetr.* Poteſt quidem, ſi pragmaticis noſtris credimus, creditor pignoratitius conuentionalis petere mitti ſe in poſſeſſionẽ rei obligatæ ſi nuda cõuentione pignoris ſibi proſpexerit contracta potiùs hypotheca quàm pignore *l. ſi rẽ. 9. §. propriè D. de pignor. act.* quia per quaſi Seruianã poſſeſſio auocatur *l. ſi cùm venditor 66. §. 1. D. de euict. l. 3. C. de pignor. l. ſi debitor* 10. *in fin. D. eod.* Sed non ideò incipit pignus à miſſione, at à conuentione, cùm ex eo tempore res ſit obligata, & tanquam obligata vindicari poſſit per quaſi Seruianam *l. ſi fundus 16. §. in vindicatione D. de pignor.* Quod enim ad hypothecariam formulam pertinet, non differt pignus ab hypotheca, niſi nudo nominis ſono *l. 5. §. penult. eod. tit.* Nec rurſus verum eſt hypothecariæ actionis formulam illam eſſe vt petat actor mitti ſe in poſſeſſionem, ſed vt in ea re ius pignoris vel hypothecæ vindicet, nulla poſſeſſionis mentione facta, petátque vt niſi arbitrio iudicis res reſtituetur, fiat condemnatio ex bono & æquo *l. ſi fundus 16. §. in vindicatione l. ſi inter 21. §. vlt. D. de pignor.* vt & in cæteris actionibus arbitrariis *§. præterea Inſt. de action.* De quo ſcribemus pluribus *in Error. vlt. Decad. 62.*

***

Digitized by Google

ANTONII FABRI I.C. SEBVSIANI, SENATORIS SABAVDIENSIS, ET IN GEBENNENSIS DVCATVS AVDITORIO PRAESIDIS,

DE ERROR. PRAGMAT. ET INTERPR. IVR.

DECAS LVII.

ERROR PRIMVS.

De poſſeſſione bonorum omnium debitoris acquiſita per clauſulam conſtituti.

SICVT in contractibus qui hodie fiunt tam frequens ferè eſt clauſula conſtituti quàm conuentionis de pignore, cùm olim ſola pignoris clauſula frequentaretur, vt conſtat ex *l. & quæ nondum 15. §. quod dicitur D. de pignor.* iunct. *l. 3. C. eod.* Ita euenit quotidie vt per eam conſtituti clauſulam bonorum omnium debitoris poſſeſſio in creditorem transferatur, perinde ac generalis eſſe ſolet conuentio pignoris vt bona debitoris omnia præſentia & futura creditori obſtringantur. Quæ res facit, vt paſſim creditores pignoratitij, qui per eam constituti clauſulam ſibi proſpexerunt, petant ſe retineri in poſſeſſione bonorum omnium debitoris, ad ea tenenda & poſſidenda iure pignoris & hypothecæ, quouſque debiti totius & acceſſionum omnium nomine pleniſſimè ſit ſatisfactum. Nec tantummodò ſi debitor poſſideat, eo iure vtimur, qui caſus minorem habet dubitationem, ſed quod magis eſt, etiamſi ex bonis debitoris quorum poſſeſſio trãſlata fuerat in creditorem, aliquid fuerit alienatum, quod hodie à tertio eodémque bonæ fidei poſſeſſore teneatur, dummodò is qui agit creditor imploret beneficium clauſulæ conſtituti, & legis vltimæ *C. de acquir. poſſ.* cuius eam ſententiam eſſe noſtri volunt, vt ei qui ſemel factus ſit quoquomodo poſſeſſor, nihil noceat interuerſam eſſe à debitore aut alio quolibet poſſeſſionem, ſi velit eo vti remedio ad auocandam, retinendámque priſtinam illam quam habuit ante interuerſionem. Ita fit vt qui à debitore vel locupletiſſimo rem aliquam comparauit, numquam tutus eſſe poſſit, quominùs à creditore quantumlibet exiguæ ſummæ inquietetur ſi malit creditor poſſeſſionem ſuam vindicare, quàm eam quæ debitoris fuerat, per hypothecariam & quaſi Seruianam actionem auocare. Nã agenti hypothecaria poſſet tertius bonæ fidei poſſeſſor exceptionem obiicere non

factæ

Digitized by Google

factæ excuſſionis, atque ita ſibi proſpicere, & ſecuritatem acquirere: cui exceptioni non ſimiliter locus eſſe poteſt aduerſus agentem auocatoria ex cõſtituto per condictionem, *ex d.l. vlt.* quia per hypothecariam creditor non ſuam ſed debitoris poſſeſſionem auocat, *l. ſi cùm venditor 66.§.1.D.de eui ict. l. ſi fundus 16.§.in vindicatione D.de pignor.* Per condicionem verò non debitoris ſed ſuam *d.l.vlt.C.de acquir.poſſ.* Porrò dici non poteſt quàm ſit hoc incommodum & onerosum non modò debitori, cui ſanè poſſet imputari cur ita contraxerit, bonorúmque ſuorum omnium poſſeſſionem in creditorẽ tranſtulerit, ſed etiam omnibus cum debitore contrahentibus, no facilè exiſtẽte qui velit rem aliquã emere aut pignori accipere ab eo, quẽ ſciat nihil poſſe in alium transferre, ne quidem commodum poſſeſſionis. Augetur verò iuris huius iniquitas ex eo, quod cùm hypothecaria poſſit inhiberi per ius offerendi qualiſcumque poſſeſſor ſit is qui offert, quia de iure poſſeſſoris quærendum nihil eſt ſoluto pignore, *l. Paulus 12. §. 1. D.quib.mod.pign.vel hypoth. ſoluit.* condictio tamen ex noua Iuſtiniani conſtitutione, *in d.l.vlt.* non magis per ius offerendi quàm alia vlla ratione impediri poteſt, ſi noſtris credimus, præſertim Iacobo Menochio *de recup.poſſ.remed.14.quæſt.17.num.60.* & Carolo Ruino, *conſil.77.lib.5.* quippe per quam non de litigatorum iure, ſed de ſola poſſeſſione contenditur, quæ verò poſſeſſori erepta beneficio nouæ legis aut reſtituitur ei, aut conſeruatur. Quid autem abſurdius & iniquius dici poteſt, quàm eum qui emerit rẽ aliquã ex bonis tui debitoris obligatã tibi antea cũ cæteris reb. omnibus, adiecta etiam clauſula conſtituti rem illam retinere nullomodo poſſe, nec ſi paratus ſit offerre tibi quod debetur? Quid rurſũ iniuſtius quàm eum qui decem tantùm in ære alieno, mille verò in bonis habeat, nihil omnino ex bonis ſuis alienare poſſe, quod creditor tam exiguæ quantitatis non ſit ſtatim à poſſeſſore quolibet quamuis iuſto auocaturus? Nam & iniquitatis huius euitandæ gratia videtur iam olim ius ita conſtitutum fuiſſe, vt tametſi liberum eſſet creditori pignoratitio ius dominij impetrare, id eſt rem ſibi obligatam dominij iure retinere, numquam tamen poſſet bona debitoris ſui omnia ſibi poſſidere, nec ſi ea omnia iure pignoris obſtricta tenere probaretur, *l.1.C.de iur.domin.impetr.* Ne ſcilicet aliter poſito iure accideret facilè vt pro minima & exigua quantitate debita, ingentis patrimonij poſſeſſio tam debitori ipſi quàm iis omnibus, qui ab eo cauſam haberent, aufferretur: etſi enim plus damni eſt in iactura dominij, quàm in iactura poſſeſſionis, non minùs tamen eſt incommodi ſi poſſeſſio quàm ſi dominium amittatur, propter commoda tam multa quæ habet poſſeſſio, ſiue de proprietate, ſiue de poſſeſſione litigandum ſit, ſiue de fructuum perceptione contendendum, ex quo euenire paſſim videmus vt pro tuenda poſſeſſione quam ſibi quiſque ex litigatoribus aſſerat grauioribus plerumque rixis & acrioribus odiis decertetur, quàm cùm de ſola dominij cauſa diſputatur. Ita vt ſequeſtratio ſæpe neceſſaria ſit ne maioris tumultus occaſio detur: cui tamen numquam locus eſt propter ſolam de dominio quæſtionem. Nec eſt quod quis obiiciat in prætorio pignore idem euenire, vt in poſſeſſionem bonorum omnium debitoris mitti poſſit vel vnus ex creditoribus, *l. cùm vnus, 12. D.de reb.author.iudic.poſſid.* Nam præter id quod ea poſſeſſio longè minoris momenti eſt, tanquam quæ cuſtodiam duntaxat non etiam ius poſſeſsionis tribuat, *l. ſi ante 10.§. 1. D.de acquir.poſſ. l. 2. D.pro hered. l. cùm legatorum, 12. D. quib.ex cauſ.in poſſ.eat.* In illo etiam diſpar & diſsimilis condicio eſt pignoris

Digitized by Google

prætorij,& pignoris conuentionalis,de qua nunc agimus, quòd pignus prætorium in rem eſt non in perſonam,nec ei tantùm prodeſt qui prior impetrat à prætore vt in poſſeſſionem mittatur,ſed cæteris quoq; omnibus creditoribus,qui & ipſi omnes in poſſeſſionẽ miſſi hoc ipſo intelliguntur, *d. l. tùm vnus*. At pignus conuentionale non alij prodeſt quàm illi qui ipſe pignus accepit,cæteris autem creditoribus nocet potiùs,ſiue anteriores,ſiue poſteriores eſſe proponantur: qua ex differentia etiam illa naſcitur, quòd poſſeſſio illa bonorum omnium quæ per pignoris prætorij cõſtitutionem acquiritur, non modò non nocet cæteris creditoribus, ſed etiam prodeſt non minùs quàm ſi ipſi prætorium pignus impetraſſent: at quæ acquiritur per conſtituti clauſulam ei cuius nomine conſtituit debitor ſe vniuerſa bona ſua poſſidere, nocet cæteris adeò vt etiamſi corporalem pignorum poſſeſſionem teneant, tueri eam tamen non poſſint ſi ſint poſteriores,adeóque nec ſi interdum ſint anteriores,vt ex iis conſtat quæ ſcripſimus in noſtro Codice *ſub tit. de acquir. poſſ.* Ceſſat igitur in prætorio pignore iniquitas illa,qua mouemur ne in cõuentionali quoque idem admittendũ eſſe arbitremur,quod nõ ſit ferendũ vt pro minima fortè debiti quantitate bonorum omniũ debitoris opulentiſſimi poſſeſſio,nõ magis quàm vt dominiũ creditori vlli addicatur:quod vtiq; ſine maximo & debitoris & cæterorũ eius creditorũ incõmodo fieri non poteſt.

ERROR SECVNDVS.

De clauſula cõſtituti poſita in ſpeciali cõuentione pignoris poſtmodùm à debitore alienati.

PROINDE,ſi quid mei iudicij eſt,permitti non deberet, vt generali conuentioni pignoris, generalis quoque conſtituti clauſula ſubiiceretur,ſed eã coanguſtari oporteret ad ſpecialẽ pignoris & certæ rei conuentionem quæ vniuerſa debitoris bona minimè comprehenderet. Hoc enim addendum eſt vt cautionem illam excludam,quam pragmatici plerique inuexerunt,de obligandis generaliter bonis omnib. debitoris & ſpecialiter vnaquaque parte & particula ipſorum.Quo remedio aſſequuntur vt vtriuſq; hypothecæ & generalis & ſpecialis cõmoda omnia creditor habeat, neutrius verò ſeparatim conſtitutæ incõmoda vereatur, quale inter cętera vulgo eſſe creditur generalis hypothecæ,vt minùs rẽ afficiat quàm ſpecialis,tũ quoque cùm adnexã habet clauſulã conſtituti:quod tamẽ nos alibi refutauimus, ſpecialis verò hypothecæ,vt excutienda neceſſariò ſit priuſquàm ad generalem perueniri poſſit,niſi per conuentionẽ expreſſam ſibi creditor proſpexerit,ne generalis hypotheca deroget ſpeciali,nec ſpecialis generali,*l. 2.* vbi noſtri notant *C. de pignor.* Cæterùm cùm tanta ſaltem,ſi non maior,poteſtas ſit clauſulæ conſtituti & hypothecę ad ſingulas res debitoris applicatæ,quãta eſſet eius quę generaliter vniuerſa debitoris bona cõprehẽderet,nõ magis ferre poſſũ vt per ſpecialẽ conuentionẽ, quàm vt per generalẽ poſſeſſio bonorũ omniũ debitoris in vnũ ex creditorib. ſolũ trãsferatur,ne alioqui quod vna via prohibitũ eſſet,alia æquè facili & obuia permitteretur. cõtra *l. ſcire 21. §. 1. D. de tut. & curat. dat. l. 5. §. ſi pupillus D. de reb. eor. qui ſub tutel.* Tantò autẽ iuſtior videri hæc noſtra ſentẽtia debet,quãto improbabilius illud eſt,quod iidẽ interpretes & pragmatici noſtri inuexerunt,Conſtituti vim & poteſtatẽ eam eſſe, vt ſi cõſtitutor rẽ alienauerit,& corporalẽ poſſeſſionẽ in aliũ transtulerit, liceat cõſtitutario eã auocare à tertio quantũlibet bonæ fidei poſſeſſore, dũmodo

Iuſti-

Iuſtinianeæ legis beneficium imploret:cùm tamen illa ipſa Iuſtiniani cõſtitutio non ad eum duntaxat caſum pertineat, quo is qui alieno nomine poſſidebat poſſeſſionem dereliquerit aut alij prodiderit,vt eam ille alius occuparet,non etiam ad eum,quo poſſeſſio ab ipſo tradita fuerit,& in alium tranſlata, vt pluribus à nobis diſputatum eſt in prima Chiliadis parte. Quid enim abſurdius eſt, quàm permittere conſtitutario,vt poſſeſſionem auocet quaſi ſuã ab eo qui ipſe ſuo nomine,ac proprio iure, iuſtóque titulo longum fortè tempus poſſederit? *l. Pomponius 29. D. quib. mod. vſusfr. amit.* Erit verò abſurditas euidentior, ſi eam ſententiam ſequare quæ à pragmaticis noſtris magis probatur, vt beneficium *d.l. vlt. C. de acquir. poſ.* ad retinendam magis quam ad recuperandam poſſeſſionem ſpectet:quamquam contraria ſententia mihi ſemper probabilior viſa eſt, quam & Menochius ad legem illam tuetur,ne recuperandæ poſſeſſionis remedium illud ſit,non retinendæ. Poſſeſſio ſi quidẽ cùm ſit facti nullo iuris auxilio retineri poteſt,quin amittatur ſtatim atque occupata eſt per eum qui nõ alieno ſed proprio ſuo nomine poſſidere velit,etiamſi prædo ſit, nec titulum vllũ ſuæ poſſeſſionis queat obtendere *l. ſi de eo 40. §. 1. l. peregrè 44 & paſſ D. de acquir. poſſ.* Multò magis ſi bonæ fidei poſſeſſor proponatur:ſolúmq; ſupereſt ei qui poſſeſſionem amiſit remedium,vt vel de dominio diſputet per rei vindicationem, vel de poſſeſſione recuperanda per interdictũ aut per actiones ciuiles in eã rem comparatas:non autem de retinenda illa quam verè factóque ipſo amiſerit: niſi fortè illud quoque paullatim volumus inducere,quod fuerit multò abſurdius, vt ei uſdem rei duo ſint eodem tempore veri,adeóq; iuſti poſſeſſores, ille nimirum qui per conſtitutorem poſſidebat,& ille rurſum qui à conſtitutore non tantùm poſſeſſionem ſed etiam dominium rei acquiſiuerit, quod nec admitterent ex veteribus Iureconſultis ij qui defendebant poſſe à duobus eandem rem eodem tempore in ſolidum poſſideri ſed ab vno iuſtè,ab alio iniuſtè. *l. 3. §. ex contrario eod. tit. de acquir. poſſ.*

ERROR TERTIVS.

De iure offerendi aduerſus creditorem agentem conditione ex l. vlt. C. de acquir. poſſ.

SED nec illud rurſũ probabile vnquã fieri potuit, quod ſuperiore capite dixi pleriſq; interpretib. placuiſſe, vt ſi creditor hypothecarius cuius nomine debitor cõſtituerat ſe rẽ obligatã poſsidere agat cõdictione ex *l. vlt. C. de acqui. poſſ.* ad auocãdã poſſeſsionẽ quę in bonæ fidei poſſeſſorẽ tranſlata reperiatur, nõ ſit audiẽdus poſſeſſor debitũ offerẽs ad ſummouendũ creditorẽ. Sic.n. Carolus Ruinus, & Iacob. Menoch. locis ſ. citatis: Idẽ Menoch. *remed. 3. adipiſc. poſſ. de Saluian. interd. n. 182.* cũ quib. ne ſẽtire poſsim illud facit, quod tametſi iudiciũ de poſſeſsione ſiue retinẽda ſiue recuperãda dicatur eſſe ſummariũ quod proinde vix vllas patiatur exceptiones, quæ ad iuris & dominij cauſã quoquomodo ptineãt, quia de poſſeſſione prius & ante omnia cognoſcẽdũ eſt, *l. ſi de vi 37. D. de iudic. l. ordinarij 13. C. de interdict. l. vnic. vbi not. C. ſi de momẽt. poſſ. ſue. appel.* Pẽdet tamẽ ea poſſeſsio quę p clauſulã cõſtituti cũ pignore creditori acquiritur, ex iure ipſo pignoris cuius veluti ſequela quædã & appẽdix eſt, nec.n. alia cauſa fingi poteſt trãſlatę vel trãsferendæ in creditorẽ poſſeſsionis rerũ obligatarũ, quàm q ei res illæ prius fuerint pignori obligatæ, vt tantò ſecurior eſſet creditor, quãtò cõmodior & expeditior eſſe ſolet pignoris retẽtio quàm perſecutio, *l. ſi rẽ 9. §. propriè l. cùm & ſortis 35. in fin. D. de pignorat. act. l. 1. D. de pignorib.* cui cõſeq: ẽs eſt vt ſoluto p oblationẽ totius debiti iure pignoris, nihil cauſæ ſuperſit cur creditori fauere debeamus certãti de poſſeſsione ſua, ſiue retinẽda, ſiue recuperãda: nec ſi malæ fidei poſſeſſor & prædo pponatur is qui creditori cõtrouerſiã

Digitized by Google

poſſeſſionis facere velit: Non enim quærendũ eſt de iure poſſeſſoris, cùm ſublatũ & extinctũ eſt ius creditoris ſoluto pignore, inquit Paulus noſter *in l. Paulus 12. §. 1. D. quib. mod. pign. vel hypoth. ſolu. t.* Neque fortius hac parte eſſe poteſt vinculũ quæſitæ poſſeſſionis quàm pignoris, nec cõſequẽter diuturnius, vt ſublato quoq; pignore durare debeat & perſeuerare, cùm ſublato principali acceſſoria quoq; omnia tolli & extingui neceſſe ſit ex vulgatà tritáq; iuris regula: nec proinde ad rem facit ſi quis obiiciat ius offerendi ad cauſam pignoris pertinere, non ad cauſam poſſeſſionis. Hoc enim eſt quod contendo, nullá creditori aut actionẽ, aut etiá quod magis eſt exceptionẽ pro poſſeſsione dandam eſſe cùm in eũ ſtatũ res peruenit, vt iam cœperit nihil eius intereſſe ratione pignoris, quia tùm etiam illud verum eſt nihil penitus eius intereſſe ratione poſſeſsionis quam nec habuit vnquam, nec habere debuit, niſi in cõſequentiam pignoris vtiliter contracti. Certũ autẽ eſt neq; actionẽ, neq; exceptionẽ vllam ei poſſe cõpetere cuius nihil omnino interſit, *l. 3. §. 1. l. ſtipulatio iſta 38. §. alteri D. de verb. oblig. l. ille à quo 13. §. ſi de teſtamento:* vbi omnes notant *D. ad SC Trebell.* Fateor poſſe fieri, vt creditor cui totum debitũ oblatum adeóque ſolutum, aut cui aliter eo nomine ſatisfactum eſt, remaneat poſſeſſor rei obligatæ, qualis fuerat antequàm pignus extingueretur, quia pignoris obligatio iuris eſt, poſſeſsio autẽ facti, quá proinde adprehẽdi & acquiri neceſſe eſt, vt penes debitorem reperiatur, quæ fuerat antea penes creditorem. Sed nego dádam creditori cui pleniſsimè ſatisfactũ fuit, actionẽ aut exceptionẽ vllá ad poſſeſsionẽ pignoris, ſiue retinendá, ſiue recuperádá: quia nimirũ per debiti ſolutionẽ extincta obligatione pignus eſſe deſiit, cuius tamen retinendi aut recuperandi ius nunquam habuit creditor, niſi & tãquã creditor & tanquam rei vinculo pignoris obligatæ. Et verò conſtat eo iure nos vti, quod & multorũ iudicatorũ authoritate cõprobatũ eſt, vt nõ minùs poſsit quilibet poſſeſſor creditori offerre agẽti ad auocãdã poſſeſſionẽ *ex l. vlt. C. de acquir. poſs.* quàm ſi Seruianã exerceret ad auocandã poſſeſsionẽ debitoris. Quid. n. referre poteſt eius qui cõuenitur an propriã ſuámq;, an debitoris poſſeſsionẽ auocare velit tanquam creditor is qui amplius creditor nõ ſit? Quare nec placet mihi quod velut remedij loco ſubtiliores pragmatici induxerũt, vt creditor petat retineri ſe in poſſeſsione reiũ debitoris ex beneficio *dictæ l. vlt.* nulla pignoris aut hypothecæ facta mẽtione, id eſt nõ adiecta vulgari illa clauſula quæ paſsim hodie in libellis addi ſolet, *ad habendũ, tenendum & poſſidendum iure pignoris & hypothecæ quoniq; fuerit ei pleniſsimè ſatisfactũ.* Nam quoties in libello clauſula huiuſmodi addita eſt, nemo dubitat quin oblatam à reo ſolutionem accipere cogatur creditor qui ipſe prior condicionem hanc futuro cuilibet aduerſario detuliſſe videatur. Cùm verò nihil de iure pignoris aut hypothecæ in libello dictum fuit, etſi minùs aperta ratio eſt propter quam permitti debeat ei, qui cõuenitur, vt per ius offerendi ſummoueat creditorem, illa tamen ratio ſemper creditori obſtat, quòd tũ quoq; cùm ſuam & propriam poſſeſſionẽ auocat quæ fuerat ei quæſita per clauſulã conſtituti, non alio iure facit quàm quaſi creditor, haud ſecus acſi poſſeſſionem debitoris per quaſi Seruianam auocaret, creditor autem non eſt qui iam ſolutionem debiti accepit, aut per quem ſtat etiamnum ne accipiat. Ergo ſiue pignoris mentio aliqua, ſiue nulla facta ſit in libello creditoris, non poteſt ille recuſare oblatam à poſſeſſore ſolutionem debiti, ne tum quidem cùm de ſola poſſeſsione, ſiue retinenda, ſiue recuperanda

conten-

Digitized by Google

contendit: alioqui dicendum erit, creditorem vbi poſſeſſionem, ſiue ſuam, ſiue alienam auocauerit, nulla actione cogi poſſe vt ab ea poſſeſſione deſiſtat, nec ſi totum ei debitum offeratur, quod neque offerri ei poteſt per viam actionis præterquàm à poſteriore creditore. Quonam igitur iure retinebit ſi non iure pignoris? Quòd ſi iure pignoris, quidni offerri ei poterit etiam ab iniuſto poſſeſſore? Quanto magis ſi poſſeſſor iuſtus proponatur cui etiamſi poſſeſſor non eſſet, tamen vel pignoris perſecutionem tanquam creditori, vel vindicationem quaſi domino dari oporteret? Quippe cui damus actionem multò magis damus exceptionem *l. 1. §. ſi autem. ff. de ſi perſic.* & cui perſecutionem, longè faciliùs retentionem *d. l. 1. in princip. D. de pignorib.*

ERROR QVARTVS.

De exceptione non factæ excuſſionis, oppoſita creditori condicenti poſſeſſionem ex l. vlt. C. de acquir. poſſ.

BENE creditoribus proſpexerunt, ſiue interpretes, ſiue pragmatici noſtri, qui primi ius hoc induxere vt quiſquis per cōſtituti clauſulam in pignore appoſitam factus eſt poſſeſſor rei obligatæ, ſi eam poſſeſſionem amiſerit facto debitoris ſui, qui rem pignoratam vendiderit alij, vel quo alio modo alienauerit, poſſit eam condicere & auocare ex beneficio conſtitutionis Iuſtinianeæ & propoſita condictione *ex l. vlt. C. de acquir. poſſ.* Nam cùm ita ius ſit vt creditori quaſi Seruianam exercenti contra tertium poſſeſſorem, duplex potiſſimùm exceptio nocere ſoleat, vna non factæ excuſſionis ſi modò tertius ille poſſeſſor titulum habeat & bonam fidem *ex Auth. hoc ſi debitor C. de pignor.* Altera præſcriptionis, ſi tertius ille poſſeſſor rem obligatam poſſederit æquè cum titulo & bona fide per decennium inter præſentes aut per vicennium inter abſentes *l. 1. & 2. C. ſi aduerſ. credit. præſcrip. oppon.* Placet interpretibus, & pragmaticis noſtris creditorem effugere vtriuſque exceptionis periculum ſi pro hypothecaria eligat condictionem ex lege, malitque de poſſeſſione ſola quàm de pignoris iure contendere. Excuſſionis quidem, quoniam ſoli poſſeſſori competit illa exceptio aduerſus creditorem non poſſidentem, Creditor autem dicit ſe poſſidere, qui agens condictione *ex dicta l. vlt. C. de acquir. poſſ.* propriam ſuam poſſeſſionem auocat, cùm è contrario is qui agit hypothecaria non niſi eam auocet quæ fuit debitoris *l. ſi cùm venditor 66. ff. de euict. l. ſi fundus 16. §. in vindicatione ff. de pignor.* quomodo ratiocinatur Ferrarienſ. *in form. libell. act. hypothec.* in verb. *exceptionem* poſt Bald. *ad l. 1. C. de reuoc. his quæ in fraud. credit.* Præſcriptionis verò, non ob hanc ipſam ſolummodò rationem, quòd neque alius poſſit præſcriptionem ex longi temporis poſſeſſione obiicere, quàm qui & iam per longum tempus poſſederit, & adhuc poſſideat, condictio autem ex illa lege faciat vt qui priùs alieno nomine poſſidebat, nunquam videatur deſiſſe poſſidere: ſed etiam quia hypothecaria cùm ſit actio in rem & vindicatio *dict. §. in vindicatione* & *l. pignoris 17. eod. titu. D. de pignor. l. pignoris 15. Cod. eod.* longi temporis exceptionem pati cogitur *l. 1. l. nec petentem 5. & pœn. C. de long. temp. præſcript.* Non etiam condictio ex lege, quæ cùm ſit perſonalis actio, vtique perpetua eſt exemplo cæterarum actionum perſonalium & in trigeſimum vſque annum extendi-

Digitized by Google

tur *l.hereditatis 7.Cod.de petit.hered. l.ſicut 3.Cod.de præſcript.30.vel 40.annorum.* vt quamuis hypotheca ſublata fuerit, verúmque ſit, neque pignoris obligationem, neque de pignore actionem vllam ſupereſſe, ſuperſit tamen actio creditori ad auocandam propriam ſuam poſſeſſionem condictione *ex dict. l.vlt.* propterea quòd in eiuſmodi actione non de pignore contendatur, ſed tantùm de poſſeſſione. Sic enim de Matth de Afflict.ex communi & receptiore aliorum ſententia *Deciſ. Neapol.* 139. Eſt igitur condictio ex *d. l. vltim.* commodior creditori quàm hypothecaria, ſiue non factæ excuſſionis, ſiue præſcriptionis exceptionem vereatur. Sicut & in eo; quod nos ex aliorum magis, quàm ex noſtra ſententia diximus in præcedentibus, vt condictio ex *lege vltim. Codic.de acquir. poſſeſſ.* quia poſſeſſorium remedium eſt non admittat exceptiones, quæ, vt loquuntur, concernunt petitorium, quas vtique admittit hypothecaria, quoniam & ipſa ad petitorij cauſam pertinet cùm in ea diſputandum ſit ſi non principaliter vt in directa rei vindicatione, ſaltem incidenter de dominio non quidem creditoris qui agit, pignúſque accepit, ſed debitoris qui pignus dedit *l.& quæ nondum 15. §.quod dicitur D.de pignor. l.1.& tot.tit.Cod.ſi res alien.pignor.dat.ſit.* Vnde inferunt, quod nos ſuperiore capite refutauimus, Ne quidem ius offerendi competere poſſeſſori aduerſus creditorem agentem condictione ex lege, quem ſi ageret hypothecaria, haud dubiè ſummoueret. Mihi verò ſupradicta omnia videntur contra veram ſubtiléinque iuris rationem à noſtris diſputari. Nam vt taceam quod ſæpius iam monui, nunquam Iuſtiniani eam fuiſſe ſententiam, vt ſuccurreret ei cuius poſſeſſionem interuertiſſet is, qui nomine ipſius poſſidebat, ſi ea poſſeſſio non tantùm interuerſa, ſed etiam ab alio præſertim iuſto bonæque fidei poſſeſſore occupata quoquomodo proponeretur, Illud tamen nec tacere, nec diſſimulare poſſum quod in ſuperioribus probaui, Nouum hoc remedium, quod pro poſſeſſoribus Iuſtinianus induxit, ne ijs noceret interuerſam eſſe poſſeſſionem ab ijs per quos poſſidebant, ad cauſam non retinendæ ſed recuperandæ poſſeſſionis pertinere, cùm nulla ciuili conſtitutione fieri poſſit, vt non amittatur poſſeſſio quæ facto ipſo & animo ſibi poſſidendi per alium occupata ſit, aut duo ſimul & in ſolidum eiuſdem rei poſſeſſores eſſe intelligantur. Quo admiſſo illud ſtatim conſequens ſit, vt non minùs poſſeſſionem debitoris auocet creditor qui agit condictione ex illa lege, quàm ſi hypothecariam & quaſi Seruianam exerceret, itémque vt non minùs reuera poſſeſſor ſit, & pro vero poſſeſſore haberi debeat is, qui eiuſmodi condictione conuenitur, quàm ſi hypothecaria conueniretur. Quid enim abſurdius dici, aut fingi poteſt, quàm ex ſola actionis electione auferri reo poſſeſſionem ſuam & commodum poſſeſſionis, vt ob hoc ſolùm, quòd hac potiùs quàm illa actione conuentus eſt deſinat poſſeſſor eſſe, qui ſi illa conuentus fuiſſet, & poſſeſſor adhuc reuera eſſet, & habendus pro vero poſſeſſore? Cur non ergo licere ipſi debeat exceptionem non factæ excuſſionis obiicere aduerſus creditorem agentem condictione *ex dict. lege vltima*, tanquam poſſeſſori contra non poſſidentem? An non eadem æquitas facit, vt huic iuſto poſſeſſori æquè fauendum ſit, ne à creditore tam facilè inquietetur, cùm perinde poſſit creditor ſuum conſequi agendo contra debitorem? Atqui, inquiunt, non niſi aduerſus actionem hypothecariam voluit Iuſtinianus comparatam exceptionem non factæ excuſſionis. Sic enim ha-

bent

Digitized by Google

bent verba Irnerij *in dict. Authen.hoc ſi debitor: alio verò poſſidente inhibetur hypothecaria donec perſonaliter actum ſit cum reo, & interceſſore.* Imò verò, inquam ego, non tam cogitauit Iuſtinianus de excludenda hypothecaria, quæ odium ſanè nullum meretur, quàm de inducendo eo iure quod faueret bonæ fidei poſſeſſori ne à creditore tam citò inquietari poſſet. Ipſa enim verba conſtitutionis Iuſtinianeæ Nouell.4. *de fideiuß. §. ſed neque*, vnde ſumpta eſt *dict. Auth. hoc ſi debitor*, non de inhibenda actione hypothecaria loquuntur, ſed de creditore ipſo ſummouendo, vt neque ad res debitorum quæ ab aliis detinentur, veniat priùs quàm tranſeat viam, vt ipſe loquitur ſuper perſonalibus etiam contra mandatores & fideiuſſores, ſicque ad res veniat principalis debitoris, quæ ab alio detineantur, & eos qui res illas detinent conueniat. Non ergo patitur Iuſtinianus vt creditor hypothecarius ad res debitorum veniat, quæ ab alio poſſidentur, id eſt, quemadmodum ſequentia explicant, vt eos conueniat qui debitoris res detinent, quin priùs egerit perſonali tam contra debitorem ipſum quàm contra ipſius mandatores & fideiuſſores, itémque in bona ipſa debitoris quæ ab eo ipſo detinentur: Nec diſtinguit nouella conſtitutio, an velit creditor condictione aliqua, an hypothecaria experiri contra tertios poſſeſſores: Quamquam fateor non inuitus Iuſtinianum de ſola hypothecaria inhibenda cogitaſſe, quia nec fieri vllomodo poteſt, vt per aliam actionem quàm per hypothecariam tertius pignorum poſſeſſor à creditore inquietetur, ſi de actione intelligas propriè ſumpta ad excluſionem interdicti Saluiani, vtilis, quod tanquam ſubſidiarium actionis hypothecariæ placet noſtris dari etiam contra extraneos poſſeſſores pignorum *l. 1. §. 1. D. de Saluian. interd.*

ERROR QVINTVS.

De admittenda exceptione non factæ excuſsionis non tantùm contra agentem ex l. vlt. C. de acq. poß. ſed etiam contra Saluianum interdictum.

SED ſi fingas cum interpretibus mentem Iuſtiniani eam fuiſſe *in d. l. vlt. C. de acq. poß.* vt creditor hypothecarius per clauſulam conſtituti poſſeſſor factus, poſſeſſionem ſuam à debitore interuerſam poſſit auocare etiam à tertio eodémque iuſto ac bonæ fidei poſſeſſore, quidni mecum illud quoque admittes, quod volo: verba illa poſterioris conſtitutionis, quibus prohibetur creditor hypothecarius venire ſtatim ad res debitoris, quæ ab aliis detinentur generaliter accipienda eſſe, vt eum quoque caſum comprehendant, quo creditor ad res debitoris venire velit per condictionem, quæ in eam rem comparata exiſtimetur. Quidni etiam fateare ſequentia Nouellæ verba *& detinentes eas conueniant* generaliter intelligenda eſſe ſiue per hypothecariam, ſiue per condictionem & actionem perſonalem poſſeſſores pignorum conueniantur. Alioqui ſi Iuſtiniani conſtitutionem, quæ hanc non factæ diſcuſſionis exceptionem induxit, adeò velis reſtringere vt non proſit niſi ad excludendam hypothecariam, dicendum erit nil ergo profuturam illam poſſeſſori qui à creditore hypothecario vrgeatur non per hypothecariam, ſed per Saluianum vtile interdictum: Nec enim eſt incognitum quàm differat interdictum illud à quaſi Seruiana, Etiam

ſecundum eam interpretum & pragmaticorum noſtrorum ſententiam, quæ errorem hunc inuexit, de quo ſcribemus in ſequentibus, vt in eundem caſum poſſit & actio Seruiana vel quaſi Seruiana & interdictum Saluianum concurrere. Nam ideò comparatum volunt vſum Saluiani interdicti, vt creditor nihil aliud probandum habeat, niſi quod debitor eo tempore quo conuenit de pignore poſſeſſor fuerit rei obligatæ, quoniam per interdictum de ſola poſſeſſione quæritur, non de iure pignoris: cùm tamen ei qui Seruianam vel quaſi Seruianam exercet, neceſſe ſit probare fuiſſe rem in dominio debitoris eo tempore quo pignus conſtituebatur *l. & quæ nondum 15. §. quod dicitur D. de pignor.* In quo ſi ius ita eſſet non paruum foret commodum interdicti, quia dominij probatio plerumque difficillima eſt *§. commodum Inſt. de interd.* ob idque videntur mihi ſuppoſito interpretum errore, prudenter facere Itali qui Saluiano interdicto frequentiſſimè vtuntur, Seruiana verò vel quaſi Saluiana actione aut numquam aut perrarò, vt ſolius poſſeſſionis, non etiam dominij probatione ad victoriam litis obtinendam onerentur. Porrò quis benè vnquam dixit, Tertio poſſeſſori qui per Saluianum interdictum conueniatur, denegandam eſſe exceptionem non factæ diſcuſſionis ob id ſolùm quòd non hypothecaria ſed interdicto conueniatur? Sic enim fieret inutile beneficium exceptionis quam tamen ex ſumma æquitate inductam fuiſſe fatendum eſt vt bonæ fidei poſſeſſori qui pignoris obligationem probabiliter ignorauit, faueretur: valdéque ſtultus eſſet quiſquis creditor hypothecarius mallet agere hypothecaria quàm proponere Saluianum, cuius beneficio non tantùm exoneraret ſe à neceſſitate probandi dominij, ſed etiam ab excuſſionis faciendæ periculo & incommodo ſe liberaret. Neque tamen ignoro ex Italis ipſis multos eſſe, qui Saluiano tantùm tribuant, vt idcirco eripiant bonæ fidei poſſeſſori diſcuſſionis exceptionem, quæ aduerſus hypothecariam obiici poſſet. Sed receptior eſt etiam apud Italos, & vbique terrarum verior contraria ſententia, quamuis certum ſit in Saluiano interdicto agi de ſola poſſeſſione, & momentanea, eſſéque iudicium illud ſummarium, quod & Bart. notat *ad l. 1. in fin. D. de Salui an. interd.* vbi ex hoc infert à ſententia, quæ in cauſa interdicti lata ſit appellari non poſſe, quomodo ab ea, quæ lata eſſet in hypothecaria appellaretur: ſed & illud certum eſt Saluianum interdictum habere hoc ſpeciale cum interdicto, vnde vi, quod in perſonam ſcriptum eſt non in rem, quomodo cætera ferè omnia, quæ tamen non eo minùs vi ipſa perſonalia ſunt *l. 1. §. penult. D. de interdict. l. cùm à te 7. D. vnde vi l. 1. C. de precar. & Saluian. interd.* Si ergo agenti per Saluianum interdictum de ſola poſſeſſione, & in perſonam, obiici nihilominus exceptio diſcuſſionis poteſt, quid obſtabit quominùs poſſit etiam obiici agenti condictione ex *d. l. vlt. C. de acquir. poſſ.* ad auocandam poſſeſſionem? Nam & hoc caſu perinde verum eſt creditorem venire ad res debitoris, quomodo Iuſtinianus loquitur *in d. §. ſed neque*, & conuenire tertium poſſeſſorem, & quidem ex cauſa pignoris, cùm ſi pignus nullum præceſſiſſet, nec acquiſitio poſſeſſionis vlla ſecuta fuiſſet: Denique conuenitur tertius poſſeſſor ſi perſonam ipſius inſpicias, tanquam poſſeſſor pignoris, ſin perſonam actoris, à creditore tanquam à creditore, & quidem pignoratitio. Nihil igitur cauſæ eſt, quominùs exceptio non factæ excuſſionis perinde locum habere debeat, acſi vel quaſi Seruiana actio, id eſt hypothecaria, vel Saluianum interdictum exerceretur. Illa ratio ſola eſſet accommodata ad excludendam huiuſmodi exceptionem,

quam

Digitized by Google

quam pragmatici noſtri adferunt, ſi eſſet vera, quod per condictionem *ex d.l. vlt.* creditor ſuam auocet poſſeſſionem: eſſet namque inauditum vt qui ipſe poſſeſſorem ſe diceret & probaret, hanc exceptionem pateretur à reo, quæ non poſſet competere niſi poſſeſſori. Sed iam probauimus fieri nullomodo poſſe vt creditor qui poſſeſſionem ſemel amiſit non ſolùm per interuerſionẽ debitoris, ſed etiam per occupationem & acquiſitionem à nouo poſſeſſore factam, certare amplius vnquam poſſit de ea retinenda priùs quàm ipſam recuperauerit, ſiue per interdictum, ſiue per condictionem ex lege Iuſtiniani, poſsétque hæc pragmaticorum noſtrorum ſententia defendi eo demum caſu qui verbis legis expreſſus eſt, quo poſſeſſio creditoris prodita fuerit, aut derelicta, at non quo fuerit etiam ab alio occupata, quoniam faciliùs potuit Iuſtinianus facere vt ex ſola interuerſione non amitteretur poſſeſſio, quæ à nemine occupata fuiſſet, quàm vt non amitteretur ea quæ & facto ipſo & cum dominio ex iuſto titulo tranſlata eſſet in emptorem: cùm fieri hoc nequeat, quin plures eiuſdem rei & eodem tempore in ſolidum poſſeſſores eſſe intelligantur quod non magis natura quàm ratio iuris ferre poteſt. Quod cùm ita ſit, dicendum eſt etiam admiſſo eo quod & negaui iam toties & ſemper negabo, vt de hoc poſteriore caſu Iuſtinianus cogitauerit, nihil tamen aliud facere Iuſtinianum potuiſſe, quàm vt creditori nouam actionem daret, totíque veteri Iuriſprudentiæ incognitam ad recuperandam poſſeſſionem, quæ ipſius antea fuiſſet, & quæ nunc penes bonæ fidei emptorem reperiretur: quod tamen quia non aliter fieri poteſt, quàm vt fateatur creditor aduerſarium poſſeſſorem de cuius tanquam pignoratæ poſſeſsione recuperanda ipſe agit, recuſare certè non poteſt quin diſcuſſionis exceptionem pati debeat, ſi ea per poſſeſſorem opponatur.

ERROR SEXTVS.

De condictione pignoris ex l. vlt. C. de acquir. poſſeſſ. poſt extinctam longi temporis præſcriptione hypothecariam.

QVæ proximo capite ſcripſimus de exceptione diſcuſſionis etiam contra eum opponenda qui pignoris poſſeſſionem condicit, *ex l. vlt. C. de acquir. poſſeſſ.* ſi modò iuſtus & bonæ fidei poſſeſſor ſit is qui conuenitur, facilem iis viam ſtruent, quæ nunc dicturi ſumus de admittenda exceptione præſcriptionis aduerſus creditorem agentem condictione ex illa lege, non minùs quàm ſi de hypothecaria ſummouenda tractaretur. Quod enim pragmaticis noſtris placere docuimus, vt hæc condictio non lõgo tempore, id eſt decennio inter præſentes & vicennio inter abſentes quomodo hypothecaria, ſed ſolo tricennio ad exemplum cæterarum actionum perſonalium concludatur, ex Matth. de Afflict. qui alios refert, *deciſ.* 139. Rationem tantùm duplicem habet, quã nos in præcedentibus vtramque retulimus, vnam quòd qui agit huiuſmodi condictione perinde habendus ſit ex beneficio Iuſtinianeæ conſtitutionis, atque ſi poſſeſſionem ſuam ſemper retinuiſſet, quo caſu nihil eſſet quod de longi temporis præſcriptione tractari poſſet, alteram, quòd cùm actio ſit perſonalis & conſequenter perpetua ex ſui natura, vt ciuiles cæteræ actiones perſonales non poſſit concludi ſpatio longi temporis, quo hypothecaria omnéſq;

Digitized by Google

in rem actiones concluduntur,ſed in longiſſimum tempus triginta annorum extendatur *l.3.C.de præſcript.30.vel 40.annor.* Vtraq; verò inepta eſt,prior autẽ etiam falſa:non ob id ſolùm quod ad finem ſuperioris capitis diximus, neq; factũ fuiſſe à Iuſtiniano,neque fieri potuiſſe vt poſſeſſionẽ ſuam priſtinã retineret creditor quæ & à debitore interuerſa & à nouo poſſeſſore occupata eſſet,cùm poſſeſſio in facto nõ in iure conſiſtat,nec proinde iſtas iuris fictiones poſſit admittere quas cauſa dominij admittit *l. denique 19. D. ex quib.cauſ. maior; l.3.§.ex contrario D.de acquir.poſſ.* Verùm etiam quia ſi poſſet Iuſtiniani conſtitutio eam recipere interpretationem, vt poſſeſſio quã reuera creditor amiſiſſet,ſemper tamen retenta fingeretur,tolleret ea fictio intellectum præſcriptionis quæ ex lõgi temporis poſſeſſione inducitur,quandoquidẽ nõ magis ſine poſſeſſione procedere poteſt longi temporis præſcriptio, aut vt melius loquar,& ad rem noſtram accõmodatiùs, longi temporis poſſeſſio quàm vſucapio *d.l.deniq; l.cùm miles 30.eod.l.ſine poſſeſſione 25.D.de vſucap.l.vnic.C. de transform. vſucap. l.1.& 2. C.ſi aduerſ. credit.præſcript.oppon.* Atqui nec Afflictus ipſe diffitetur,nec alius quiſquam negare probabiliter poſſit, compleri præſcriptionem hypothecariæ actionis, adeoq; tolli penitus hypothecam ipſam ſi creditor paſſus ſit rem ſibi pignori obligatam per longum tempus à iuſto bonæ q; fidei poſſeſſore teneri.Sic enim Afflictus poſt cæteros ad finem Deciſionis ſupradictæ, nec minùs cùm in pignore adiecta fuit clauſula conſtituti, quàm ſi adiecta non fuiſſet, adeóque tametſi poſtea & intra trigeſimum annum Iuſtinianeæ legis beneficium imploretur, nimirum quia poſt completam præſcriptionem, & iam quæſitum ius poſſeſſori, ſera eſt imploratio auxilij quod exinde inciperet iniquum eſſe & iniurioſum, *l.ex facto 43. de vulg. & pupill. ſubſt. l. 4. C. de emancip. liber. l. Paulus notat 8. D. de prætor. ſtipulat.* Et tamen eam auxilij Iuſtinianei implorationem omnino neceſſariam eſſe, & interpretes & pragmatici noſtri omnes fatentur, de illo ſolo dubitantes, an in eam rem ſufficiat vulgaris illa clauſula, quæ in libellis adiici ſolet *omni meliori modo iuſtitiam miniſtrari*, quod ſentit Antoninus Teſſaurus *Deciſ. Pedem. 215. num. 6.* An verò neceſſe ſit expreſſam fieri mentionem,*d.l. vlt.C. de acquir.poſſ.* quod Senatus noſter magis probat, cùm igitur nec implorata expreſſim lex Iuſtiniani facere poſſit vt non concurrerit, plenéque completum ſit tempus præſcriptionis longi temporis, conſequens eſt vt verum ſit dicere toto illo tempore tertium poſſeſſorem non ſolùm verè, ac cum effectu poſſediſſe, ſed etiam ita vt numquam retrofingatur non anteà poſſediſſe: quod cùm ita ſit, an non etiam illud ſequitur, vt alterutrum neceſſariò fatendum ſit, vel eodem illo toto tempore deſiiſse creditorem poſsidere, vel ſi adeò tribuas poteſtati legis Iuſtinianeę, vt ex die implorati auxilij priſtinam poſseſſionem ſuam continuaſse, & retinuiſse retrofingatur, duos fuiſse ſimul & in ſolidum poſseſsores, creditorem qui prior per clauſulam conſtituti poſseſsor factus ſit, & emptorem qui emendo aut aliter acquirendo rem illam obligatam & in id vſque tempus à creditore ſolo poſseſsam,& poſseſsionem & cum poſseſsione dominiũ ſibi comparauerit, ſed & cùm verum illud ſit, & in confeſso apud omnes, non poſse clauſulam conſtituti facere,quin hypotheca,& conſequenter hypothecaria quoque tollatur,completa per tertium bonæ fidei poſseſsorem præſcriptione,quæro qua de cauſa vel quo iure poſsit creditor poſseſsionem aut retinere aut petere eius rei quæ fuit quidem aliquando ei obligata, ſed quæ

tamen

tamen obligata eſſe deſiit? Nec enim illa vnquam fuit mens aut debitoris conſtituentis ſe creditoris nomine poſſidere, aut creditoris conſtitutum agnoſcentis, vt creditor rem illam poſſideret niſi tanquam ſibi obligatam & iure pignoratitij aut hypothecarij creditoris: Quænã igitur ei ſupereſſe poteſt, aut debet poſſeſſio eius rei quę amplius nõ ſit pignori, & poſt extinctum ius omne pignoris? aut quęnam actio ad poſſeſſionem illam quę penes alium ſit, condicendam, & auocandam? Difficilius enim eſt vt non poſſidenti detur perſecutio, quàm vt poſſidenti retentio *l.1.D.de pignor. l.heres 21.D.ad SC.Trebell.* Quòd ſi ponas extincto iam pignoris iure nihilominùs rei anteà pignoratæ poſſeſſionem ad creditorem rediiſſe ſiue poteſtate condictionis ex lege Iuſtiniani, vt volunt interpretes, ſiue quo alio modo etiam ſine vicio, An non perabſurdum ſit retentionem dari creditori qui licèt creditor manſerit, hypothecarius tamen, & pignoratitius eſſe deſiit, ac ex tali factus eſt chirographarius. Nam quod dici ſolet, Etiam ob chirographariam pecuniam pignus retineri poſſe, ad hunc caſum adaptari non poteſt, in quo pignus nullum eſt, vt diximus, quia ſublatum fuit poteſtate præſcriptionis, non minùs quàm ſolutionis. Certum autem eſt ſublato pignoris vinculo ſicuti perſecutio nulla dari poteſt eius rei quæ antè fuerat obligata, ita nec retentionem relinqui *l. debitor 40. §. vltim. D. de pignor. act.* Alioqui quid facere poſſit miſer emptor cui poſſeſſio condicitur, & auocatur per creditorem vt eam poſſeſſionem vel retineat ſi nondum amiſerit, vel repetat & recuperet ſi amiſerit quoquomodo? An creditori debitam pecuniam offerre debebit, vt fieri neceſſe eſt luendi pignoris gratia? Atqui non poteſt tractari de luendo pignore quod amplius nullum eſt, Nec rurſus patiuntur interpretes vt creditor agens condictione *ex d.l.vltim.Cod.de acquir.poſſ.* per ius offerendi ſummoueatur, vt diximus in ſuperioribus. Ac quamquam verum eſt alio iure nos vti, quemadmodum ibidem monuimus, vt perinde ius offerendi locum habeat contra creditorem agentem condictione *ex d. l. vltim.* acſi hypothecariam exerceret, id tamen non alia de cauſa obtinet, quàm quòd ſoleant creditores hypothecarij, tum quoque cùm id genus actionis eligunt addere clauſulam *ad habendum, tenendum, & poſſidendum iure pignoris quouſque totius debiti nomine fuerit creditori ſatisfactum*, Cuius clauſulæ adiectio non tantùm admittit, ſed etiam inuitat poſſeſſorem ad offerendum, vt ſummoueat actionem: At non poteſt in propoſita ſpecie locum habere illa clauſula, cùm non poſſit creditor ad rem retinendam ius pignoris obtendere, adeóque nec pignoris nomen niſi perineptè vſurpare ſi pignus nullum ſit, & per longi temporis præſcriptionem extinctum. Neque verò pragmatici ipſi negabunt vt arbitror ineptum fore libellum creditoris ſi poſt elapſa longæ poſſeſſionis tempora condicat poſſeſſionem ex beneficio *l.vltim. Cod.de adquir.poſſ.* ad retinendam eam iure pignoris & hypothecæ, ſaltémque hoc caſu admittendum eſt quod ſubtiliores pragmatici volunt, eum qui agit condictione ex *dict. l. vltim.* ſolius poſſeſſionis mentionem, non etiam pignoris vllam facere in libello debere, Non ob id tantùm ne ſibi noceat creditor, iiſdémque exceptionibus & incommodis actionem ſuam ſubiiciat, quibus hypothecaria ſubiiceretur, quod aliis caſibus euenit, ſed quia malè agit creditor nullóque iure ſi agat, tanquam hypothecarius eo tempore quo ſit tantùm chirographarius. Cùm igitur nullum ius pignoris ſuperſit creditori in ea re de cuius poſſeſſione nunc contenditur,

Digitized by Google

Quare cogamus poſſeſſorem qui nec debitor,nec debitoris heres,ſed tertius eſt offerre debitum alienum vt poſſeſſionem ſuam vel retineat, vel repoſcat? Quid enim commune habet cauſa debitoris, cũ cauſa tertij iuſti poſseſsoris vt quod ille debet,cogatur hic offerre,niſi cùm ex contractu debitoris & per conuentionem pignoris acquiſitum eſt ius creditori in re obligata,quæ poſtmodum tranſire ad alium non potuerit niſi cum ſua cauſa. Fac itaque nullum eſſe pignus: conſequens ſtatim fiet vt tertius & ſingularis ſucceſsor nihil creditori offerre debeat,ſiue agendo,ſiue excipiendo *l.vlt.§.vlt.D.de contr. empt.* vtque non poſſit creditor etiam agentem emptorem & quod emit vindicantem repellere prætextu debiti non ſoluti, cùm neque quicquam ille debeat,neque poſsit creditor dicere rem ſibi obligatam eſse, licèt fuerit aliquando. Quid enim refert præſertim quod ad tertium poſseſsorem attinet, an res numquam obligata fuerit, an fuerit quidem antea, ſed hodie non ſit?

ERROR SEPTIMVS.

De non ſeparanda poſſeſſione rei pigneratæ à iure pignoris poſt præſcriptam hypothecariam.

HInc verò apparet quàm facilè etiam ſit aliam pragmaticorum noſtrorum rationem diluere, ex eo petitam quòd actio illa & condictio *ex l.vlt.C.de acquir.poſſ.* ſit in perſonam,ſicut & condictio alia quælibet *§. appellamus Inſt.de action.* Actiones autẽ omnes perſonales, ſint perpetuæ, & ad annos vſque triginta durent *d.l.3.C.de præſcr.30.vel 40.annor.* Procederet enim ratiocinatio, ſi non niſi de actionis tempore,ac duratione quęreremus. Atqui de cauſa & de ſubiecto priùs inquirendum eſt, fatendúmque actionem hanc non eſse niſi de poſseſsione,poſseſsionis verò non aliam cauſam fuiſse,quàm pignoris in ea re conſtituti: inferamus igitur poſt extinctum pignus per lõgi temporis pręſcriptionem ſicuti poſseſsionis tranſlatæ cauſa finita eſt,ita neque poſseſsionis huius rationem vllam haberi poſse,niſi hactenus vt eã creditor ipſe reddere teneatur,*d.l.debitor 40.§.vlt.D.de pignor. act.* nec proinde actionem vllam ſupereſse,quæ ſcilicet ſi qua eſset,non niſi de poſseſsione eſse poſset, & quidem de poſſeſſione pignoris quod iam diximus, & oſtendimus nullum ſupereſſe. In ſumma omnes actiones perſonales trigeſimo anno concluduntur ne vltrà poſsint viuere,at non etiam vt in tantum vſque tempus extendi eas ſit neceſſe,cùm intereà perimi poſsint legitimis modis,puta ſolutione, acceptilatione,& aliis de quibus *in l.pen.D.de ſolut.& Inſtit. tit. quib. mod.tollit. oblig.* inter quos modos hodie eſt etiam ille ſi vel perſona deficiat quæ actionem aut inſtituere aut ſuſcipere poſsit, vel res quæ in actionem venire debet. In propoſito autem deficit poſseſsio pignoris deficiente pignore,nec igitur magis ſupereſse poteſt condictio ex Iuſtiniani lege ad auocandam poſſeſsionem etiamſi tempora largiantur, quàm Saluianum interdictum poſt ſublatam tempore hypothecariam:quia tam condictio illa ex Iuſtiniani lege quàm Saluianum interdictum ſupponit in neceſſarium antecedẽs,non quidẽ hypothecariam,ſed tamen hypothecã in perſona creditoris qui poſseſsionẽ

rei obli-

rei obligatæ condicit, quaſi creditor hypothecarius. Neque quod per Saluianum interdictum de poſſeſſione tantùm quæratur, facere poteſt, vt ſublato pignore de Saluiano tractari queat, quod non de poſſeſſione qualibet, ſed tantùm de adipiſcenda poſſeſſione rerum pro mercedibus fundi obligatarum proponitur *§.interdictum quoque Inſt. de interdict.* Poſtularet hic locus, vt quæ contra interpretum omnium & pragmaticorum ſententias de Saluiano interdictò dicturi ſumus, nũc propõeremus. Sed dignior tractatus eſt, qui det initium Decadi ſequenti. Subiiciemus aliam quæſtionem ſuperioribus finitimam, vt huic primùm Decadi finem imponamus.

ERROR OCTAVVS.

De pacto executiuo iuncto cum clauſula conſtituti.

PACTVM executiuum interpretes noſtri vocant, per quod conuenit, vt liceat creditori habenti obligatas res debitoris propria authoritate ingredi earum poſſeſſionem. Cuius pacti vtilitas in eo eſt, vt creditor qui conuentionis legem exercens poſſeſſionem pignorum propria authoritate ingreſſus eſt, non poſſit dici vim feciſſe, quomodo diceretur, ſi pactum nullum interceſſiſſet *l.penult.C. de pignor.act.l.creditores 3. Co.de pignorib.* vbi tamen additur conſultiùs & meliùs facturum creditorem ſi in eam rem iudicis authoritatem interponat: quod & ſcriptum eſt *in l.ſi pupillorum 7.§.1.ff.de reb.eor.qui ſub tutel.l.ſi ſtipulatus 81.in fin.ff. de ſolut.* Ne ſcilicet maioris tumultus occaſio detur, inquit *l.non eſt ſingulis 196.de reg.iur.* vt intelligamus maiorem eſſe poteſtatem iuſſionis præſidialis, vt loquitur *d.l.pen.C.de pignorat.act.* quàm priuatæ conuentionis, Licèt Imperatores *in d.l.penult.* alterutra contenti, hoc eſt vel conuentione, vel præſidiali iuſſione, parem vtriuſque vim & poteſtatem conſtituere videantur. Ideóque nimirum huiuſmodi pactum executiuum appellatur, quia eius poteſtate fit vt contra ſolitam iuris formam ab executione incipi poſſit, cùm alioqui ſemper incipiendum ſit ab actione *l.1. Co. de exec.rei iudic.l.extat 13.ff.quod met.cauſ.* nec quicquam authoritate propria exequendum, ne quidem aduerſus condemnatum, & in executione iudicati *l.miles 6. §.qui iudicati D. de re iudic.* Sed quod de huius pacti poteſtate dicimus, ita eſt accipiendum, ſi contra debitorem ipſum qui eam authoritatem creditori dedit, poteſtas pacti exerceatur, nam ſi res quę fuerat creditori cum pacto huiuſmodi obligata poſtmodùm per debitorem alienata ſit, non eſt permittendum creditori vt ſubinde conuentionis legem exerceat propriáque authoritate fundi obligati poſſeſſionem ingrediatur: alioqui vim feciſſe dicendus erit, non minùs quàm ſi pactum de ea re nullum interueniſſet, quia licèt debitor, neque vendendo, neque donando, neque legando, vel fideicommiſſum relinquendo deteriorem creditoris ſui condicionem facere poſſit *l.debitorem 15.C.de pignor.* pactum tamen cum debitore conuentum conſtat non alij quàm debitori nocere poſſe, Ex generali regula quæ habet, ſemper & ante omnia eſſe animaduertendum, ne conuentio facta cum vna perſona noceat alteri *l.ſi vnus 27. §.pacta quæ turpem D.de pact.* Nec enim perſonalis obligatio, quæ ex contractu naſcitur, ſequi poteſt fundi poſſeſſorem *l.vltim. §.1.D.de contr.empt. l.1.§.ſi heres D. ad SC.Trebell.* Clauſulæ conſtituti alia ratio, maiórque poteſtas eſſe creditur:

Nam ſi debitor cùm rem ſuam daret pignori, conſtituerit eam ſe creditoris nomine poſſidere, atque ita creditorem fecerit poſſeſſorem, tum eam poſſeſſionem ſiue venditionis, ſiue alio quouis titulo in alium tranſtulerit, non dubitant interpretes & pragmatici noſtri, quin ius habeat creditor poſſeſſionis auocandæ à tertio quoque poſſeſſore ſi modò imploret beneficium *l. vltim. C. de adquir. poſſ.* de quo tam multa iam ſcripſimus in præcedentibus, ſiue retinendæ poſſeſſionis remedium illud eſſe dicas, cum pragmaticis noſtris, ſiue recuperandæ cum frequentiore interpretum noſtrorum ſchola. Secundum quam ſententiam euenit vt clauſula conſtituti in contractu inter alios inito appoſita, noceat alijs, de quibus neque dictum, neque cogitatum fuerat quicquam, hactenus ſcilicet ne ex interuerſione per debitorem facta creditor poſſeſſionis ſuæ iacturam ſentiat, non etiam vt tantundem proſit creditori clauſula conſtituti aduerſus tertium poſſeſſorem, quantum prodeſſet aduerſus conſtituentem ipſum. Nam aduerſus conſtituentem prodeſſet, vt propria authoritate poſſet creditor corporalem pignoris poſſeſſionem impune ac citra vim adprehendere, dum ne qua debitoris conſtituentis aut alterius contradictio interueniret, cùm non poſſit videri vim facere is qui iure ſuo vtitur, ſuámque liberè continuat poſſeſſionem *l. factum 155. §. 1. de reg. iur.* At contra tertium non poſſet prodeſſe ad poſſeſſionem propria authoritate occupandam, cùm ei neceſſarium ſit, vt diximus, implorare in eam rem beneficium conſtitutionis Iuſtinianeæ, quod vtique niſi actione propoſita implorari non poteſt. Siue igitur pactum executiuum ſolum interuenerit, ſiue clauſula ſola conſtituti, plus iuris habet creditor contra debitorem aut paciſcentem aut conſtituentem, quàm contra tertium extraneum poſſeſſorem. Quid tamen ſi eam cautionem adhibuerit creditor, quam prouidi creditores omittere non ſolent, vt clauſulam vtramque & pacti executiui & conſtituti ſimul iunxerit? Volunt interpretes & pragmatici noſtri hoc caſu eam vim eſſe conuentionis vt poſſit creditor idémque conſtitutarius ius ſuum exequi, & poſſeſſionem propria authoritate occupare etiam contra tertium poſſeſſorem, qui debitori quoquomodo ſucceſſerit, licèt titulo ſingulari, ſic enim Bart. *in d. l. creditores 3. nu. 25. verſ. ſed pone quòd debitor Co. de pignor.* Bald. *in l. 1. C. ſi mancip. ita fuer. alienat. conſ. 21.* Quaſi poteſtas pacti quod alioquin per ſe eſſet perſonale nec paciſcentis perſonam egrederetur, augeatur per adiectionem clauſulæ conſtituti quę cùm rei poſſeſſionem quamlibet transferat in creditorem, ipſam quoque rem afficere quodammodo videtur: Ita vt cùm creditor propria authoritate ingreditur poſſeſſionem etiam per vim, reſiſtente ſcilicet de facto poſſeſſore magis defendere rem ſuam quàm alienam occupare intelligatur, quomodo ratiocinatur Bart. *ſupradicto loco ex l. cùm fundum vbi not. D. vnde vi & de vi armat.* licèt idem Bart. de eo dubitaſſe paullò antè videatur ad eandem *legem 3. nu. 11. verſic. item quæro*, vbi tamen rationem aliam adfert non improbabilem ad hanc ipſam ſententiam comprobandam, quod cùm per clauſulam conſtituti creditor factus ſit adeò verus & realis poſſeſſor, vt ſola detentio ſuperſit penes debitorem, eundémque conſtituentem, vix ei prodeſſe quicquam poſſit ſubiunctum pactum executiuum aduerſus debitorem, ac proinde ne fruſtra adiectum exiſtimetur, neceſſaria videtur ea interpretatio, vt contra tertium exerere vires ſuas poſſit, qui modò cauſam habeat à paciſcente. Mihi tamen hæc traditio ſuſpecta ſemper viſa eſt. Nec tantùm in caſu propoſitæ quæſtionis, ſi ſimpliciter conceptum fuerit

pactum

pactum executiuum adiuncta clauſula conſtituti, ſed etiam ſi poneres inter debitorem & creditorem nominatim ac ſpecialiter conueniſſe, vt pactum prodeſſe creditori quandocunque poſſet contra ſingularem quoque ſucceſſorem. Neque enim hoc ex numero eorum eſt quæ à contrahentium voluntate pendeant, vt poſſint contrahentes aliis æquè ac ſibi ipſis legem dicere, ſed ex ſola iuris ratione æſtimandum eſt an poſſit creditor propria authoritate recuperare poſſeſſionem inuito & contradicente tertio poſſeſſore, qui eam poſſeſſionem bona fide iuſtóque titulo ſibi acquiſiuerit: Semper enim facit pro poſſeſſore vulgata illa iuris regula iã à nobis allata, quòd Pacta inter alios conuenta ſicut prodeſſe aliis non poſſunt, ita neque debeãt nocere, *d.§.pacta quæ turpem l.ſi vnus 27.D. de pact.* vt nec aliud quicquam quod inter alios vel actum ſit vel iudicatum *l.1.& tot.tit.C.int.alios act.vel iudicat. aliis non nocer.* Alioqui ſi ſufficiat voluntas & conſenſus paciſcentium, æquè dicendum erit, ad auferendam tertio poſſeſſori exceptionem non factæ diſcuſſionis, poſſe ſufficere, quòd inter debitorem & creditorem conuenerit, vt non cogatur creditor excuſſionem facere, nec ſi res obligata perueniat in manus tertij cuiuſlibet poſſeſſoris, Qua clauſula & præcautione olim creditores & notarij frequentiſſimè vtebantur, priuſquàm alius ille error quem in præcedentibus refutauimus, de conſtituti clauſula inualuiſſet, Poſtea tamen compertum eſt, multorúmque iudicatorum authoritate ſtabilitum minorem eſſe vim & poteſtatem huius clauſulæ, quàm vt effectum illum habere poſſit ſummouendæ excuſſionis, quia cùm exceptionis illius beneficium tertius poſſeſſor habeat à conſtitutione Iuſtiniani *Nouell. 4. De fideiuſſ.* non autem à debitore, qui rem vendidit aut alio quouis titulo alienauit, Iniquum ſanè eſſet, prorſúſque à iuris ratione alienum ex ſolo debitoris facto & voluntate adimi poſſeſſori exceptionem quam ipſi debitor non dederit, ſed ſola authoritas iuris *arg.l.3. D. de interd. & releg. l. vltim. D. de pact.* Proinde ex eiuſdem iuris ratione & authoritate non ex debitoris aut creditoris voluntate ratio petenda eſt, quæ impediat ne poſſit tertius poſſeſſor iuuare ſe beneficio non factæ excuſſionis, Qualis hodie illa eſſe creditur quam noſtri ſumunt ex clauſula conſtituti iuncta cum implorato beneficio *l. vltim. C. de acquir. poſſ.* Similiter itaque dicendum eſt, etiamſi valeat pactum, quo inter debitorem & creditorem conuenerit, vt poſſit creditor authoritate propria ingredi poſſeſſionem rei obligatæ, non tamen alij nocere id poſſe quàm debitori, qui nec de alio quàm de ſe obligando cogitaſſe videri poteſt cùm ita pepigit, Finge enim conueniſſe expreſſim vt liceret creditori propria authoritate ingredi poſſeſſionem pignorum, etiam quæ in tertium poſſeſſorem alienata reperirentur: An non ineptum eſſet pactum, & apertè vicioſum, quo contrahentes alij quàm ſibi ipſis legem dicere voluerunt? Atquin rei ſuæ legem dicere potuit debitor quam voluit, inquies. Non nego. Sed non tam rei ſuæ quàm alienæ legem dicit is qui conuentionis poteſtatem confert in id tempus quo res futura ſit aliena *l. Stichus 39. D. de manum. teſtam. l. ſi ego 9. §. ſi res. D. de iur. dot. l. conficiuntur 8. §. ſi poſt factum D. de iur. codicill.* Nec rurſus obligatio ſiue naturalis tantùm illa ſit, ſiue ciuilis quæ ex pacto naſcitur, rem ipſam afficere poteſt ſi aliud nihil interueniat per quod ius reale id eſt in ipſa re conſtitui poſſit, ſed tantùm prodeſt ad inducendam actionem, aut exceptionem perſonalem quam certum eſt non tranſire in ſucceſſorem

Digitized by Google

ſingularem *d.l.vlt.D.de contr.empt.d.l.1.§.ſi heres ad SC. Trebell. l. ea lege 3. C. de condict.ob cauſ.l.ſi debitor 7.§.1.vbi notat.D.de diſtract.pignor.* Et quamuis placeat noſtris poſt Bart.*ad d.l.creditores num.18. verſ. prætereà licet*, Pactum hoc de ingrediendi licentia in pignore adiectum quod reale non eſſe fatentur, eſſe tamen executiuum iuris realis, nihilomagis bona eſt conſecutio quam ex eo infert Bart.*num. 23. ad fin.* vt idcirco tranſire debeat in ſingularem ſucceſſorem,quia ſemper verum eſt pactum eſſe perſonale, nec proinde executiuum iuris illius realis niſi contra paciſcentem.

ERROR NONVS.

De poteſtate pacti perſonalis in rei propriæ venditione adhibiti, etiam contra tertium poſſeſſorem.

NEC ſimile eſt quod ſcriptum legimus *in l. Titius 9. D.de ſeru. export.* pactum in venditione ſerui appoſitum vt ſi Romæ moratus eſſet manum iniicere liceret, ita ſeruum venditum afficere vt poſſit auferri à quolibet poſſeſſore & ſucceſſore etiam ſingulari.Id enim fit non quia eiuſmodi pactum ſit aut reale, aut executiuum iuris realis. Eſt námque perſonale & executiuum iuris perſonalis, id eſt conuentionis in contractu appoſitæ, ſed quia legem illam venditioni dixerat venditor in traditione rei ſuæ , quam non aliter venditurus fuerat, nec traditurus *l.in traditionibus 44. D. de pact.l. vlt.C.de pact. int.empt. & vendit.* Nam & hac ipſa ratione motus Vlpianus *in l. venditor 13. in princip. D. commun. præd.* cùm venditor fundi Geroniani fundo Botroiano quem retinebat legem dediſſet ne contra eum piſcatio thynnaria exerceretur:Reſpondit eleganter, Quamuis mari quod natura omnibus patet ſeruitus imponi priuata lege non poſſit, quia tamen bona fides contractus & venditionis legem ſeruari expoſcit, perſonas poſſidentium aut in ius eorum ſuccedentium per ſtipulationis vel venditionis legem obligari:& tamen nemo dixerit ex ſola venditione aut ſtipulatione naſci vllum ius reale, aut quod ſit executiuum iuris realis,niſi quòd conuentio quælibet quantumuis perſonalis adpoſita in traditione rei quæ alienatur, afficit omnino rem ipſam quæ traditur,tanquam quæ nec aliter tradita fuiſſe intelligatur,nec pro inde ad tertium perueniſſe qui ſcilicet nunc eam non haberet ſi per priorem venditorem tradita non fuiſſet: Aut ſi haberet, poſſet vtique eo nomine directa rei vindicatione conueniri, quia nec dominium transtulit prior dominus niſi per traditionem,nec tradidit niſi ea lege. Simile eſt, quod quamuis non valeat impoſitio ſeruitutis quoties nec hominis, nec prædij ſeruitus eſt *l.quoties 15.D.de ſeruit.* Ei tamen fundo quem quis vendat ſeruitutem imponere poteſt etiam quæ non ſit vtilis *l. ei fundo 19. eod.* quia vt eleganter Labeo ſubiicit quædam habere & retinere poſſumus quæ nobis vtilia non ſint, etiamſi ea acquirere non poſſemus:nec priuandus eſt commodæ ſuæ pactionis venditor, qui rem ſuam non aliter venditurus aut traditurus fuit, neque verò ſic loquitur Vlp.*in d.l.venditor*, vt dicat ex huiuſmodi pactis ius reale aliquod conſtitui,aut quod ſit executiuum iuris realis,ſed,quod valde notandum eſt,perſonas poſſidentium aut in eorum ius ſuccedentium obligari, vt intelliga-

Digitized by Google

intelligamus nō niſi perſonalem eſſe hanc obligationē, quippe quæ ex conuentione ſolummodò naſcitur, ſed quàm tamen æquum eſt tranſire in ſingularem ſucceſſorem ſimul cum re ipſa, non tam quòd rem afficiat, quàm quia rei traditionem ab initio affecit, ex qua pendet vniuerſum ius dominij quod in ea re poſſeſſor habet, ac propter quam fit ne hodie res ab eo auferri & vindicari poſſit. At in eo pacto de quo nunc tractamus, quid obſecro ſimile eſt? Cùm enim creditor, qui pignus accipit à debitore cum eo conuenit, vt poſſit quandocunque propria authoritate ingredi poſſeſſionem rerū obligatarum, non dicit legem traditioni rei ſuæ, ſed acceptioni potiùs rei alienæ, cùm alienam rem neceſſe ſit eſſe illam quæ ipſi obligatur, & quamuis dicat millies, non aliter ſe pecuniam ſuam fuiſſe crediturum, non tamen poteſt ea ratio ius vllum ei tribuere contra tertium poſſeſſorem qui ſcilicet non in pecunia ſucceſſor eſt, ſed in dominio rei obligatæ, cui legem dicere creditor nec voluit, nec potuit qui eius dominus numquam fuit. Atqui dicat aliquis, non tantùm creditor hanc legem dixit, ſed etiam debitor, qui & dominus fuit & rem ſuam tradidit creditori quem ponimus ab eo factum eſſe poſſeſſorem pignorum per clauſulam cōſtituti. Sed facilis reſponſio eſt, adhibitam fuiſſe à debitore conuentionem illam, at non niſi fauore creditoris cuius ſolius interfuit eam addi, quam omitti potiùs debitoris interfuiſſet. Porrò in omnibus his quæſtionib. cōſtat illud potiſſimùm inſpici oportere cuius gratia lex cōtractus dicta ſit potiùs quā quis dixerit *d.l. Titius in fin. d.l. in traditionibus 44. de pact. d.l. vlt. C. de pact. int. empt. & vēdit. d.l. vēditor 13. commu. præd. d.l. eiſmdo 19. D. de ſeruit. l. Lucius 40. in fi. D. de fideic. libert.* Addo, quòd nec Bartolus ignorauit, hoc pactum quo datur licētia creditori ingrediendi poſſeſſionē pignorum propria authoritate nullius eſſe momenti nulliúſque vtilitatis inter creditorem & debitorem, quoties adeſt clauſula conſtituti. Quia cùm per eam clauſulam omnis poſſeſſio & naturalis & ciuilis acquiratur creditori ſola corporali manente penes debitorem, nullo indiget pacto creditor, vt eam corporalem ingredi propria authoritate poſſit, ſufficiente ſcilicet in eam rem vi & poteſtate conſtituti: niſi fortè quis dicat poſſe conuentionem eſſe vtilem, vel ad hoc ſaltem vt dubitationi nullus locus relinquatur, an poſſit creditor propria authoritate occupare corporalem poſſeſſionem, de quo interpretes nonnulli dubitarunt. Non enim fruſtra videntur addi quæ gratia tollendæ dubitationis adduntur, *l. qui mutuā 56. D. mandat. l. 4. in fin. D. de vulg. & pupill. ſubſt.* Sed leuior ea dubitatio eſt quàm vt huiuſmodi conuentionem ideò adhiberi ſit neceſſe; cùm per eam nihil iuris acquiri certum ſit conſtitutario creditori: Tractamus autem de conuentione, per quam ius aliquod acquiri ponendum eſt, cùm de hoc ipſo quæramus, an ius ex tali conuētione quæſitum tranſeat in ſingularem ſucceſſorem. Nam nec Bart. aliter vult hoc ius pacti executiui tranſire contra ſingularem ſucceſſorem quàm ſi iam ſit in eſſe productum, vt ipſe loquitur: Adeóque requirit hoc quoque caſu præcedentem liquidationem debiti, aut ſaltem declarationem aliquam iudicis, ac multò melius quàm Baldus qui ſcribit nullam requiri, *ad l. 2. quæſt. 10. C. de ſeruit. & aqu.* Porrò ſi aduerſus debitorem ipſum inutilis ea conuentio eſt creditori, quantò magis debet eſſe inutilis aduerſus extraneum poſſeſſorem? Illa namque Bartoli argumentatio an non planè præpoſtera & inepta eſt, vt pactum hoc quod fatetur ille eſſe contra debitorem inutile, tantò magis debeat contra tertium poſſeſſorem prodeſſe creditori? An non ita fieret

Digitized by Google

vt plus iuris nanciſceretur creditor contra tertiũ ex perſona debitoris, quàm aduerſus debitorem ipſum habuiſſet? Dices fortaſſe, Imò poſſe vtilem eſſe contra debitorem, ſi fortè velit ille interuertere poſſeſſionem creditoris ſui, & incipere ſuo nomine poſſidere rem quam priùs cõſtituerat creditoris nomine poſſidere. Verùm cùm per eiuſmodi interuerſionem poſſeſſio amittatur, etiam quæ non ſit ab alio adhuc occupata, ideóque comparatum ſit beneficium *l. vlt. C. de acquir. poſſ.* ad eam recuperandam, Nemo nõ videt pactum quo licentia creditori data eſt ingrediendi poſſeſſionem propria authoritate ad eum caſum non pertinere quo poſſeſſio ſit recuperanda, ſed ad eum duntaxat quo ſit adipiſcenda *d. l. creditores. d. l. pen. Cod. de pignorat. act. l. dotis actione 9. C. ſolut. matrim. l. 1. D. quod legat.* Ingredi namque poſſeſſionem eius eſt qui nec poſſideat, nec adhuc poſſederit, non eius qui vel poſſideat, vel poſſidere iam deſierit, cùm recuperatio poſſeſſionis præſupponat occupationem præcedentem. Nec ſanè ius recuperandi poſſeſſionem propria authoritate poteſt dici ortum, nec in actu oriendi, nec re, nec ſpe ſaltem ſpe ex cauſa de præſenti, vt noſtri loquuntur, antequàm poſſeſſio ſit amiſſa. Proinde nec competere poteſt creditori ex pacto ingrediendi, multò minùs tranſire contra ſingularem ſucceſſorem, Ex not. per Bart. *in d. l. creditores. & in l. qui Romæ 122. §. duo fratres. quæſt. 6. De verb. obligat.* Et quemadmodum dicimus hoc ſermone *dum nupta erit* primas nuptias ſignificari non ſecundas *l. boues 89. §. hoc ſermone. De verb. ſignific.* Ita & dicendum eſt huiuſmodi pacto id actum eſſe, vt poſſeſſionẽ occupare propria authoritate poſſit creditor, quam nondum occupauerit, nõ etiam vt ſi occupatam amiſerit iterum poſſit eam ingredi propria authoritate; ſiue quòd vix poſſit amitti iam quæſita poſſeſſio quin aliqua vel negligentia vel timiditas interueniat poſſeſſoris, *l. ſi de eo 40. §. 1. l. clam poſſidere 6. §. qui ad nundinas.* iunct. *l. ſeq. D. de acquir. poſſ.* Siue quòd maius ſit periculum rixæ, & tumultus in recuperanda poſſeſſione iam amiſſa, quàm in occupanda nunc primùm ea, quæ nondum fuerit acquiſita: propter quam cauſam ſolent remedia poſſeſſionis recuperandæ tantò fauorabiliora eſſe cæteris, quia ſunt magis neceſſaria. Nam nec is qui per vim deiectus eſt, ſpoliatorem violẽtum propria authoritate expellere poteſt niſi incõtinenti, nõ etiam ex interuallo, quãuis nulla etiã reſiſtẽtia proponatur *l. 3. §. cum igitur D. vnde vi & de vi armat.* Quod ergo iuris executio & auxilium non poteſt tribuere vero ac iuſto poſſeſſori, quomodo tribuere poterit executio pacti inter alios cõuẽti? Nam ſi nõ alia ratione volũt noſtri maiorẽ eſſe poteſtatẽ pacti executiui cõſtituto adiuncti quàm quia per conſtitutum creditor iã ſit factus poſſeſſor, quis ferat permitti creditori vt plus ſibi iuris adroget ex pacto inito cũ debitore quàm ex cõſtituto? Denique augetur poteſtas pacti executiui per conſtitutũ, At nõ ſimiliter poteſtas cõſtituti per pactũ, niſi in præiudiciũ paciſcẽtis. Poteſt creditor authoritate propria occupare poſſeſſionẽ corporalẽ ſi iã nactus ſit naturalẽ & ciuilẽ per clauſulã cõſtituti, neque in eã rẽ indiget auxilio pacti executiui, etiãſi debitor reſiſtat, dũmodò tantùm verbo reſiſtat nõ etiã facto, vt Bart. & alij tradũt *ad d. l. creditores*, aut dũmodò incõtinenti vtatur iure executiuo quod ei authoritate legis conceditur ex *d. l. cùm fundũ & d. l. 3. §. cum igitur D. vnde vi & de vi armat.* Nã & qui ciuilẽ tãtùm habet puta quæſitũ per precariũ, aut, quod effectu idẽ eſt, per conſtitutionẽ precarij, poteſt eũ qui naturalẽ clandeſtinã ſolã habet etiã verbo reſiſtentem propria authoritate expellere, vt iidẽ noſtri notãt *ad d. l. clã poſſidere 6. §. qui ad nũdinas. D. de acquir. poſſ.*

Digitized by Google

vbi Rom.&Raph.Gloſ.*in §.retinẽdæ.l.1.ff.de interd.& in l.1.C.vnde vi.& in l.1.§.interdictũ*,vbi latè Bart.*D.vti poſſid.*Sed ſi inueniat creditor debitorẽ facto reſiſtentẽ,non poteſt ex ſolo conſtituto corporalẽ occupare propria authoritate:alioqui vim facere diceretur,quia cõſtitutum purgat quidẽ vitiũ clandeſtinitatis,ſed non apertę violentiæ:eſſetque in eam rem neceſſariũ ei auxiliũ pacti executiui,quo interueniẽte poſſet vtiq; debitorẽ etiã de facto reſiſtẽtẽ expellere & poſſeſſionẽ authoritate propria occupare quia tunc non tã vim facere & iniuriã cõmiſci quàm ius ſuũ exequi diceretur:etſi multò ciuiliùs & meliùs faceret ſi per iudicẽ exequeretur, *d.l.creditores*, niſi quod electa ſemel iudicij via nõ poſſet impunè poſteà ad conuentionis executionẽ redire, nõ quaſi amiſſã ꝑ metũ poſſeſſione, vt Baldus putabat,meritò à cęteris in eo reprehẽſus *ad d.§.qui ad nũdinas* (nec enim timiditati ſed modeſtiæ potiùs & ciuilitati adſcribendũ eſt ſi quis ꝑ iudicẽ malit quàm per ſeipſũ iure ſuo vti *d.l.creditores*)ſed quoniã eligendo iudicẽ aliam ſibi viam præcluſit,ſatiſq; eſt patẽre illi eã quã elegerit,ne alioqui nõ tam aduerſarium quàm iudicem cõtemnere videatur cuius ſpretum impunitum manere numquam oportet.

ERROR DECIMVS.

De poteſtate pacti executiui,ſiue contra ipſum debitorem agatur,ſiue contra tertium poſſeſſorem.

AT ſi creditori res ſit,non cũ debitore,ſed cũ alio tertio poſſeſſore,etiã qui à debitore ius habeat,poteſt quidem ſuam poſſeſſionem,quã per clauſulam conſtituti nactus eſt tueri & corporalẽ occupare propria authoritate quandiu ſuam non amiſit, etiam ignorante poſſeſſore citra vitiũ clãdeſtinitatis,quia ſola poſſeſſionis occupatio ignorante ipſo per aliũ facta non priuat eum ſua poſſeſſione quouſq; vel reuerſus nõ admittatur, vel à die quo ſciuit occupatam neglexerit eam ingredi & retinere,ſi vera noſtri notãt ad *d.l.vlt.C.de acquir.poſſ.*& ad *l.ſi de eo 40.§.ſi fortè D.eo.* Alex *in l.peregrè 44.§.quibus in verb.ingreſſus eod.ex l.cũ poſſid.re §.qui ad nundinas & l.ſi id quod §.fin.l.ſi colonus eod.tit.* Sed hoc ita demùm ſi tertius ille poſſeſſor,neque verbo, neque facto reſiſtat,ſi qua enim ſiue realis, ſiue etiã verbalis tantùm reſiſtẽtia interueniat nihil poteſt creditor facere citra vim,etiamſi non tantùm per clauſulã conſtituti,ſed etiã per pactum executiuum cum debitore conuentũ ſibi proſpexerit, quoniã eius pacti poteſtas nulla eſſe poteſt contra tertium poſſeſſorem qui pactus non fuit quiq;non tã à debitore quàm ex facto ſuo & à lege habet ius tuendæ ſuæ poſſeſſionis præſertim quam nactus ſit iuſto titulo & bona fide.Eſtque hoc caſu neceſſaria creditori cuius poſſeſſio fuit interuerſa imploratio conſtitutionis Iuſtiniani in *d.l.vlt.* ad auocandã poſſeſſionem quã certè negari non poteſt fuiſſe amiſſam,ex quo fuit & à conſtituẽte interuerſa,& ab alio occupata,imò priùs etiã quàm fuerit occupata *d.l.ſi de eo.§.1.in fi.& d.l.peregrè 44.§.vlt.*Propter quod neceſſaria fuit ea cõſtitutio Iuſtiniani ſi tamẽ poteſt illa ad hũc quoq; caſũ porrigi quod nos tã ſępe in pręcedẽtib.negauimus.Nihilne igitur pactũ executiuũ proderit creditori cõtra tertiũ poſſeſſorẽ etiãſi iũctũ ſit cũ clauſula cõſtituti?Nihil penitus.Multò minùs verò,ſi poſſeſſio,quę per cõſtitutũ acquiſita fuerat, quoquomodò amiſſa proponatur.Nam quod ius habet creditor conſtitutarius hoc caſu, vt poſſit eam authoritate propria recuperare,dummodò id faciat in continenti, non ex interuallo,hoc habet à iure non à pacto, & habet tanquam alius poſſeſſor

Digitized by Google

quilibet, *dicta l.3.§.cum igit.r.D. de vi & vi armat.* quia ſcilicet factus eſt poſſeſſor per conſtitutum. Vt verò ex interuallo eam recuperet authoritate propria expellendo inuaſorem, non magis à iure quàm à pacto habet, quia nec debitor ipſe ſi poſſeſſor manſiſſet id iuris haberet contra ſpoliatorem. Ex quo fit, tãto manifeſtius nihil iuris poſſe ex pacto executiuo acquiri contra tertium poſſeſſorem, quin hoc ipſo eueniat quod fuerit perabſurdum, vt plus iuris creditor paciſcendo cum debitore acquirat ſibi ex voluntate debitoris, quàm habiturus fuerat debitor ipſe, ſi cum creditore non contraxiſſet. Quodnam enim aliud auxilium habere potuiſſet debitor aduerſus poſſeſſionis ſuæ turbatorem & inuaſorem quemlibet, niſi quod habét poſſeſſores omnes ſiue turbati, ſiue ſpoliati? At contra debitorem ipſum prodeſt adiectio pacti executiui, ſiue cum clauſula conſtituti coniunctum ſit, ſiue ſeparatim & per ſe ſumptum, hactenus ſcilicet vt poſſit creditor debitorem qui non tantùm verbo, ſed etiam facto reſiſtat propria authoritate expellere, quod ex ſola poteſtate clauſulæ conſtituti facere non poſſet, at non etiam vt per vim aut alio modo interuerſam à debitore poſſeſſionem poſſit ex interuallo propria authoritate repetere: quoniam pactũ illud ad poſſeſſionis adipiſcendæ tantùm, non ad recuperandæ cauſam pertinet, vt diximus in præcedentibus, & quemadmodum pactum cum alio factum alij neque prodeſſe, neque nocere poteſt, ita neque quod de vna re factum eſt ad aliam extendi debet *d.l.ſi vnus 27.§.pacta quæ turpem in fin. D. de pact.* Alia autem res eſt poſſeſſio adipiſcenda, alia verò recuperanda. Sicut alia ſunt interdicta adipiſcendæ, alia recuperandæ poſſeſſionis, *l. 1 D. de interdict.* Sed hæc de pacto executiuo nunc dixiſſe ſufficiat: Reliqua in alium locum reſeruemus.

ANTONII FABRI I.C. SEBVSIANI, SENATORIS SABAVDIENSIS, ET IN GEBENNENSIS DVCATVS AVDITORIO PRÆSIDIS

DE ERROR. PRAGMAT. ET INTERPR. IVR.

DECAS LVIII.

ERROR PRIMVS.

De Saluiano interdicto contra extraneum poſſeſſorem, & quod vi aut clam.

MAGNVM remedium ab interpretibus noſtris excogitatũ & inductũ eſt aduerſus incõmoda actionis hypothecariæ, quã alioqui exercere creditores cogerentur contra tertios pignorum poſſeſſores. Nam

Nam cùm ea ſit condicio hypothecariæ ſeu quaſi Seruianæ actionis, vt quiſquis eam proponit ante omnia probare debeat rem datam pignori fuiſſe in bonis debitoris, vel eo præciſè tempore quo dabatur res pignori ſi ſpecialis conuentio fuit *l.ante omnia 23. D. de probat.* vel aliquo ſaltem poſt conuentionem die ſi bona debitoris generaliter obligata fuerint præſentia & futura *l. & quæ nondum 15. §.quod dicitur D.de pignor.* aut omnia ſimpliciter & indiſtinctè poſt Iuſtiniani conſtitutionem *in l.vlt.C.quæ res pignor.oblig.poſſ.* Plerumque accidit, vt creditor ſuccumbat defectu probationis dominij, quę perſæpe imò ſemper difficillima eſt *§.commodum Inſt.de interd.* Etſi enim minùs plenæ probationes in hoc iudicio exigi ſolent, quàm ſi directa rei vindicatione ageretur, quia in directa rei vindicatione principaliter de dominio agitur, in hypothecaria verò non niſi incidenter. Illud tamen cōſtat, non ſufficere vt qui agit hypothecaria probet debitorem qui pignus dedit fuiſſe poſſeſſorem, ſed illud etiam omnimodo requiri, vt probet fuiſſe illum dominum ſi non directum, ſaltem vtilem, vt interpretes & pragmatici loquuntur, quod multò plus eſt quàm fuiſſe poſſeſſorem, cùm ex ſola fructuum perceptione quam quis ſuo nomine fecerit probetur optimè ac concludenter poſſeſſio, at non etiam dominium, neque vtile, neque directum, niſi probetur is qui fructus percepit feciſſe animo domini, & pro domino habitus fuiſſe, vt notant noſtri ad *l.Titia 48.D.de ſolut.& ad leg.cùm res, & leg.ſiue poſſidetis C.de probat.* Ob eam nimirum cauſam placet interpretibus noſtris longè commodius eſſe creditori pignora ſua contra tertios poſſeſſores perſequenti, vt agat vtili Saluiano interdicto, per quod futurum ſit vt tantundem conſequatur, quantùm ſi quaſiSeruianam exerceret, id eſt, vt auocet poſſeſſionem penes aduerſarium conſtitutam, qui vnus effectus eſt actionis hypothecariæ *l.ſi cùm venditor 66. in princip. D. de euict. l.ſi debitor 10. in fin.D.de pignor.* Nec tamen quicquam aliud probandum habeat præter debitoris poſſeſſionem, quandoquidem in Saluiano interdicto, ſicut in cæteris omnibus de ſola poſſeſſione, & quidem adipiſcenda quæritur, non etiam de dominio *§.interdictum quoque Inſt.de interd.* Ac quoniam non poſſunt negare interpretes quod apertiſſimè, ac verbis diſertis ſcriptum eſt *in l.1.C.de precar.& Saluian.interd.* Saluianum hoc interdictum dari tantummodò contra conductorem fundi ruſtici de mobilibus in fundum illatis de quibus conuenit expreſſim vt pignori eſſent pro mercedibus, & penſionibus conductionis, non etiam contra tertium poſſeſſorem, præſertim verò bonorum ex alia quàm conductionis cauſa obligatorum: Fatentur inutile quidem eſſe in hanc rem interdictum Saluianum directum, eámque volunt eſſe ſententiam *d.l.1.* Sed confugiunt ad Saluianum vtile, de quo *in l.1.in princip.& §.1. D.eod.* eiúſque præcipuam vtilitatem hanc eſſe iactitant, vt etiam contra tertium quemlibet pignoris poſſeſſorem de quacunque re, ac pro quouis debito exerceri poſſit: Nec ab hac ſententia & interpretatione quam Accurſius, Bartolus cæterique omnes interpretes inuexerunt diſſentit Cuiacius *lib.5.obſer.c.24.* cùm meliorem aliam & expeditiorē nullam rationem inueniret conciliandi Iuliani *in d.l.1.in princip.& §.1.ff.de Saluian.interd.cum Imper.in l.1.C.eod.* Quamquam autē nondum ad pragmaticos noſtros huius ſententię praxis peruenit, quibus ferè incognitum & inauditum eſt Saluiani interdicti nomen ſi peritiores excipias qui iuris noſtri cognitionē eam habent quam ex Bartolo hauſerunt, frequentiſſima tamen eſt apud Doctores & pragmaticos Italos, apud quos vix vllus fermè vſus hodie eſt actionis hy-

Digitized by Google

pothecariæ,niſi ſi quando vel creditor, vel creditoris Aduocatus aliquis tam imperitus eſt, vt quaſi Seruianam eligere malit, quàm interdictum. Nec ſanè immeritò,cùm interdicti remedium hoc cõmodum habeat vt dixi, quod leuiores & faciliores exigit probationes , itémque quod nullas patitur exceptiones quæ ad dominij iuriſque cauſam pertineant, quæ omnia diuerſa ſunt in actione hypothecaria, proptereà quòd de iure pignoris proponitur,habétque implicitam ſaltem incidenter dominij quæſtionem.Ego verò,quod cum bona tot tantorúmque virorum venia dictum velim,totum hoc ius ab interpretibus noſtris inuectum errore magis quàm iuris ratione aliqua receptum eſſe ſemper exiſtimaui. Quam in ſententiam mouet me primùm ac maximè quod ſcriptum eſt *in d.l.1.C.de precar*.Si locatore non remittente pignus conductor ea, quæ locatori obligata erant vendiderit,ius eſſe integrum locatori ea perſequi , non interdicto Saluiano (id enim tantummodò, inquit lex,aduerſus conductorem debitorémque competit) ſed Seruiana actione,vel eam quæ ad exemplum illius inſtituitur vtilem aduerſus emptorem exercendam eſſe,id eſt quaſi Seruianam. Quibus verbis quid obſecro ſcribi potuit , aut quid fingi poſſit apertius ? Nam quod Accurſius, Bartolus & alij omnes ad Cuiacium vſque reſpondent , intelligendum eſſe Gordianum de interdicto Saluiano directo non de vtili,prorſus improbabile eſt,non ob id tãtùm quòd ſolent Imperatores omnes in reſcriptis ſuis de vi & effectu rei reſpondere non vt plerunque Iureconſulti de ratione & ſubtilitate iuris,ideóque vtilem actionem apertis verbis accommodare ſi quando æquitas ita ſuadeat deficiente directa,vt *in l.1.C.de oblig.& act.l.poſtquàm 7.& ſeq.C.de hered.vel actiom. vend.l.pater 7.C.de pact.conuent.tam ſup.dot.& alibi paſſ.*Nempe quia effectu ipſo nihil intereſt an quis actione directa conueniatur , an vtili , cùm vtraque ſit eiuſdem poteſtatis *l.actio 47.D.de negot.geſt.* Verùm etiam quia cùm eo ipſo reſponſo tractet Imperator de vtili quoque Seruiana quæ ad exemplum directę inſtituitur,quidni etiam vtilis Saluiani meminiſſet,ſi perinde illud competeret, atque vtilis Seruiana? Præſertim verò cùm is qui Imperatorem conſulebat,de Saluiano interdicto quæreret, non de Seruiana actione ? Secundò mouet me , quòd interdicta omnia etiam illa quæ in rem concepta videntur ſi verborum figuram inſpicias, vi tamen ipſa perſonalia ſunt *l 1.§.penult.D.de interd*. Quomodo igitur aut quo iure fieri poteſt , vt contra eum dentur qui neque contraxerit, vel quaſi,neque deliquerit vel quaſi?*l.cùm à te 7.l.ſi vi me deieceris 15. D.vnde vi & de vi armat.l.4.§.ſi tu me vi D.de vſurpat.& vſucap.*

ERROR SECVNDVS.

De interdicto,Quod vi aut clam contra tertium dando,& de formula interdicti Saluiani.

NEc obſtat quod etiam poſſeſſor operis quod vi aut clam factum eſt,tenetur ex interdicto illo Quod vi aut clam , adeóque tametſi eo inuito alius fecerit,nimirum hactenus vt quia poſſidet nec fecit, patientiam ſaltem præſtare debeat *l.ſi alius 7.in princip.l.competit 16.in fin. D.illo titul. quod vi aut clam.* Id enim fit in neceſſariam conſequentiam interdicti , quod competit aduerſus eum ipſum qui aut vi aut clam fecit : quem conſtat teneri poteſtate interdicti ad hoc vt & patientiam & impenſam tollendi

Digitized by Google

tollendi operis præſtet cùm opus ipſum poſſidet: Tum verò quoque cùm non poſſidet impenſam: Atqui fruſtra conueniretur & condemnaretur ad impenſam illam tollendi operis præſtandam, ſi non cogeretur poſſeſſor præſtare tollendi eius patientiam: nulla enim eſt impenſa neceſſaria in tollendo eo opere quod tolli nullomodo poteſt, neque recuſare poſſeſſor poteſt quominùs patientiam illam præſtet, etiamſi non teneatur interdicto, neque ſolus, neque cum eo qui vi aut clam fecit, quia verum eſt opus vi aut clam factum eſſe, ideóque reſtituendum eſſe etiam in præiudicium poſſeſſoris; quoniam id quod vi aut clam factum eſt, Prætor nunquam ratum habet *l. ſi mulier 21. §. 1. D. quod met. cauſ.* quamuis non à poſſeſſore ipſo reſtituendum ſit, ſed ab eo ipſo qui fecit. Verba enim edicti ſic habent, *Quod vi aut clam factum eſt, qua de re agitur id cùm experiendi poteſtas eſt, reſtituas l. 1. eod. tit.* vbi additur interdictum illud eſſe, reſtitutorium & per hoc eſſe occurſum calliditati eorum, qui vi aut clam quædam moliuntur, iubentur enim ea reſtituere. Ex quo apparet poſſeſſorem operis, quod vi aut clam factum eſt, non poſſe interdicto illo teneri ne quidem ad patientiam præſtandam, ſi fortè contra ſolum eum agere velit actor, malítque impenſam tollẽdi operis de ſuo præſtare quàm in eam rem illum ipſum qui vi aut clam fecit cõuenire: nec quod interdicti huius verba exemplo actionis Quod metus cauſa in rẽ ſcripta ſunt, facere poteſt vt poſſeſſor ſolus interdicto cõueniri poſſit. Nõ enim ideò minùs perſonale eſt interdictum ad operis reſtitutionẽ, cùm opus factum reſtituere alius non debeat, quàm qui vi aut clam fecit, alioqui etiam impenſam præſtare poſſeſſor operis deberet, quod vtique falſum eſt. In eóque diſſimilis eſt ratio actionis illius Quod metus cauſa, & interdicti Quod vi aut clam, quia interdictum datur ad hoc vt opus ipſum reſtituatur, id eſt tollatur, & in eum ſtatum res reponatur in quo erat priuſquã fieret, quod ſine ſumptu & labore fieri non poteſt: actio autem Quod metus cauſa non ad hoc datur vt res omnimodo reſtituatur, ſed vt ſi non reſtituetur quadruplum eo nomine præſtetur *l. item ſi cum 14. §. in hac actione D. quod met. cauſ.* Tam enim reſtituere rem per vim aut metum extortam poſſeſſor poteſt, nullo ſuo ſumptu aut incommodo quàm is ipſe qui vim fecit aut qui metum intulit, & idcirco nihil abſurdi eſt ſi æquè per arbitrariam conueniatur. At eſſet abſurdum & iniquum conueniri ex interdicto Quod vi aut clam ad reſtitutionem operis eum qui nihil aut vi aut clam feciſſet, nimirum propter impenſam, & diligentiam quæ in eam rem præſtanda eſt. Et tamen non ferunt ſupradicta verba interdicti vt ad aliud conueniatur qui ex eo conuenitur, quàm vt opus ipſe reſtituat. Ergo quemadmodum fatendum eſt, poſſeſſorem operis, quod vi aut clam factum eſt non poſſe cogi, ad operis reſtitutionem quod alius fecerit eo, ſiue inuito, ſiue ignorante, ita fit conſequens interdicto teneri eum nullomodo poſſe, niſi hactenus vt conuento & condemnato eo qui vi aut clam fecit, non poſſit ipſe recuſare quominùs patientiam præſtet vt alieno ſumptu & labore opus tollatur, quod ſanè extra cauſam interdicti eſt, & ad executionem ſententiæ ex interdicto contra eum qui fecit, redditæ, pertinet potius quàm ad ius proponendi interdicti. Nam & prius eſt vt is ipſe qui vi aut clam fecit, condemnetur ad reſtitutionem & ad impenſam tollendi operis, quàm vt de eo quæri oporteat, An patientiam præſtare debeat poſſeſſor qui nihil fecit. Multò minùs igitur ferendum erit vt Saluiano interdicto tertius poſſeſſor cõueniatur, cùm interdictum Quod vi aut clam ſi quod vllum aliud maximè in rem ſcriptum ſit *l. 5. §. vlt. D. quod*

Digitized by Google

vi aut clam. quod de Saluiano interdicto nuſpiam ſimiliter proditum eſt, tametſi omnes interpretes vt errori ſuo colorem quærant, id ipſum ſibi fingant, & comminiſcantur. Sanè ſiue ponas interdicti formulam eam fuiſſe quam Eguinarius Baro præſcripſit *ad §. adipiſcendæ Inſt. de interd. & lib. 6. Manual. tit.* 33. ſiue quam Franciſcus Hotomanus excogitauit, nihil omnino eſt in verbis formulæ propter quod videri poſſit interdictum in rem conceptum. Sic enim Baro concepit *Quod in fundum Lucij Titij pignoris nomine induxiſti, intuliſti, aut creditori obligaſti, qua de re agitur quominus id ei adprehendere liceat, vim fieri veto.* Hotomanus verò in hunc modum, *Quod tu illi mercedis cauſa oppignoraſti qua de re agitur, id illi reſtituas.* Nec aliud ſonabunt etiam verba edicti ſi cum eodem Barone ſic ea concipias: *Si quis in fundum conductum quid induxerit, intulerit, aut creditori obligauerit pignoris nomine eius adprehendendi gratia locatori creditorive in eum interdictum dabo.* Etſi neque edicti, neque interdicti formulæ iſtæ mihi placeant. In quibus ſcilicet prætermiſſa eſt mentio pacti de obligandis rebus coloni, quæ tamen minimè omnium prætermitti debuit ad exprimẽdam vim Saluiani interdicti: Quod Iuſtinianus noſter ſic explicat *in dict. §. interdictum quoque,* vt dicat eo interdicto vti dominum fundi de rebus coloni quas is pro mercedibus fundi pignori futuras pepigiſſet: Ita oſtendens apertiſſimè quod tamen nemo videtur obſeruare Saluianum interdictum non tam ex iure pignoris per pactum contracto proficiſci, quàm ex pacto ipſo de dando pignore, vt quamuis reuera vinculum pignoris nullum contractum ſit in rebus quas colonus in fundum conductum induxerit, & inuexerit, puta quòd fuerint alienæ, aut qua alia de cauſa obligari prohibitæ, non eo minùs tamen interdictum earum nomine competat ex ſola poteſtate pacti. Quæ prima & præcipua differentia eſt inter Seruianam actionem, & interdictum Saluianum. Seruiana enim actio datur locatori de rebus coloni, quæ pignoris iure pro mercedibus fundi ei tenentur, vt idem Iuſtinianus ſcribit *in §. item Seruiana Inſt. de action.* Saluianum verò interdictum non de iis tantùm quæ tenentur, iure ac vinculo pignoris, ſed de iis etiam quæ nec tenentur, nec teneri poſſunt, dummodò pactum interuenerit vt pignori forent. Itaque qui agit Saluiano interdicto, non dicit res illas de quibus agit eſſe ſibi reuera, ſiue expreſsè, ſiue tacitè obligatas, ſed hoc tantùm contendit, conueniſſe pacto inter ſe & conductorem vt pignori obligatæ eſſent. Proinde non ſufficiet, quòd res illæ in fundum conductum illatæ & inductæ ſint ſi non etiam illud concurrat vt pignoris nomine inductæ ſint: At nec illud rurſum impediet Saluianum, quod eæ res nullo pignoris vinculo reuera teneantur ſi modò per pactum conuenerit vt tenerentur; nempe quoniam in Seruiana de iure pignoris agitur, in Saluiano autem non niſi de poſſeſſione: ideóque ſufficit eas res de quibus agitur poſſeſſas fuiſſe à colono etiamſi dominus earum non fuerit, ſed tamen ita poſſeſſas fuiſſe oportet vt de iis quoque tanquam ſuis oppignerandis conuenerit. Quis enim tam ſtultus eſſet creditor, vt eam rem pignori acciperet, quam ſciret eſſe alienam? Finge igitur, intuliſſe colonum in fundum à ſe conductum res ſibi commodatas, vel penes ſe depoſitas, ſi intulerit vt eſſent pignori, & conſequenter quaſi ſuas, non ideò quidem erunt pignori, quia cùm ſint alienæ obligari à non domino non potuerunt, ſed tamen competet locatori etiam pro eis Saluianum, quia verum eſt de iis pactum interceſſiſſe. At ſi de iis obligandis nihil conuenerit, non ob id ſolùm earum nomine dabitur Saluia-

rum quod inuectæ & illatæ fuerint, cùm neque obligatæ ſint, neque pactio vlla interuenerit, vt eſſent obligatæ. Idémq; erit ſi ponas pepigiſſe cōductorē de bonis ſuis omnib. quæ in fundum induxiſſet, obligandis, nam pactū quod ille de rebus ſuis adhibuerit, ad eas non porrigetur, quæ ſunt alienæ, niſi eas alienas eſſe diſſimulauerit, & inuexerit in fundum tanquam ſuas, & ea mente vt eſſent pignori. Deniq; Saluianum interdictum non ad res omnes coloni pertinet, neque rurſum ad eas ſolas quæ pignoris vinculo teneantur, ſed ad omnes illas tantùm de quibus obligandis conuenit per expreſſam pactionē. Meritóque in hoc notatus à cæteris & reprehenſus eſt Accurſius ad *d. §. interdictum quoque*, vbi ait tacitam pactionem quæ ex ſola illatione colligatur, hoc caſu ſufficere, nec requiri expreſſam.

ERROR TERTIVS.

De interdicto De migrando, & quid probandum habeat, qui aut illo interdicto, aut Saluiano experitur.

SIMILE eſt quod Vlpianus noſter in interpretatione edicti, *De migrando & in l. 1. §. penult. ill. tit. de migrand.* notandum eſſe, ait, Prætorem in edicto & interdicto illo non exigere vt res illata in bonis fuerit conductoris, nec vt ſit pignori, ſed hoc tantùm vt pignoris nomine inducta ſit, ex quo infert, ſiue aliena res ſit, ſiue talis quæ alia de cauſa pignoris nomine teneri non potuerit, ſi tamen pignoris nomine inducta ſit, interdicto illi locum fore: Quod ſi inducta quidē ſit, ſed non pignoris nomine, non poterit, inquit, retineri à locatore, vt intelligamus retentionem rerū ab inquilino illatarum permiſſam eſſe verbis edicti De migrando non tanquā aut expreſsè aut tacitè obligatarum, ſed tanquā earum de quibus conuenerit vt pignori eſſent. Vnde coniectura capi poteſt non improbabilis, ſicut in ordine ac ſerie edictorum interdicti Saluiani mētio facta eſt poſt interdictum De migrando, ita ſimilibus verbis conceptum fuiſſe vtrumque edictum, cùm vtrumque ſit de rebus conductoris, ſed edictū De migrādo, De rebus inquilini: Edictū verò de Saluiano interdicto De rebus coloni, illud de rebus illatis in prædium vrbanum, hoc verò de illatis in ruſticum. Illud in fauorem & gratiam inquilini, ſed ita demùm ſi vel penſionem ſoluerit, vel per eum non ſteterit, quominùs ſit locatori ſatisfactum, atque proinde cōtra inquilinum vi ipſa ſi nō ſoluerit: hoc verò contra colonum qui penſionem pro ruſtico prædio debitam non ſoluit, nec aliter ſatisfecit, & conſequenter in gratiam coloni ne inquietetur ſi ſoluerit, vtrumque prohibitorium eſt, ſed edictum de migrando ne vis fiat conductori vrbani prędij quominùs liceat ei omnia quæ inuexerit pignora, migrando abducere, ſi ſoluerit. Edictum verò de Saluiano interdicto ne vis fiat locatori volenti adprehendere poſſeſſionem pignorum in fundum illatorum ſi penſio non ſit ſoluta. In ſumma id egit prætor vtroque edicto vt proſpiceret locatori prædij, ſiue vrbani, ſiue ruſtici cui mercedis nomine ſatisfactum non eſſet. Sed hoc amplius edicto De migrando proſpexit etiam inquilino iam liberato aduerſus iniuriam locatoris: Eáque fuit præcipua cauſa edicti, at non æquè per edictum de Saluiano interdicto proſpexit conductori & colono aduerſus locatorem, ideò fortaſſe quòd minùs neceſſarium id videretur,

Digitized by Google

cùm difficiliùs & rariùs accidat, vt colonus à prædio ruſtico migrare, & quæ in illud inuexerat pignora ſecum abducere per locatoris iniuriam prohibeatur. Quare non quemadmodum Caius *in l.2. De migrand.* monet interdictum illud vtile eſſe inquilino etiam de his rebus quæ non ipſius ſunt, ſed fortè commodatæ ei, vel locatæ, vel apud eum depoſitæ, nempe quia inquilini ſanè intereſt, vt non prohibeatur eas quoque res abducere quas domino reſtituere tenetur, ita etiam poſſit quis dicere interdictum Saluianũ poſſe vtile eſſe contra colonũ de rebus ei commodatis, vel locatis, vel apud eum depoſitis, cùm nõ magis de iis obligandis paciſci, quàm eas obligare colonus potuerit, niſi dolo malo diſſimulauerit, fingens ſuas eſſe: Quo caſu iam diximus perinde Saluianum pro iis competere, atque pro cæteris rebus obligatis, cùm pactum generale interuenit de rebus, præſertim quæ in fundum inductæ ſint, omnibus obligandis. Cùm igitur ea ſit condicio & natura interdicti Saluiani, vt nec aliter competat, quàm ſi pactum expreſſum de pignore interueniat, neque de aliis rebus quàm de quibus obligandis per pactionem expreſſam actum eſt, apparet non poſſe fieri vt aduerſus alium detur hoc interdictum quàm aduerſus paciſcentem eiúſve ſucceſſores vniuerſales, nec vt alius huiuſmodi interdicto teneatur, quàm cui tale pactum nocere poſſit: Ne alioqui latiùs pateat effectus, quàm ſua cauſa. Porrò quis neſcit pactorum omnium quæ inter alios inita ſunt eam eſſe rationem vt alijs neque nocere debeat neque prodeſſe? *l.ſi vnus 27.§.pacta quæ turpem in fin. D.de pact.* Ergo neque Saluianum dari vllomodo poteſt contra tertium poſſeſſorem qui pactus non fuit, neque ſeparandum eſt interdictum vtile à directo, vt hac parte fit ab interpretibus. Tunc enim hæc diſtinctio admitti ſolet, cùm edicti verba ex quibus directum interdictum æſtimatur, ita deficiunt, vt tamen ſentẽtia & mens Prætoris non deficiat. Deſcendit ſiquidẽ vtile ex mente & ſententia prætoris, quomodo directum ex verbis, ſententia verò prætoris deficere non creditur eo demum caſu, quo non deficit ratio edicti. Atqui non alia ratio fuit proponendi Saluiani interdicti, quàm quòd æquum videretur conſeruari ſaluum locatori ius pacti in rebus coloni, quas pro penſionibus fundi pignori futuras pepigiſſet. Ceſſante igitur poteſtate pacti, quæ ceſſat haud dubiè contra tertium poſſeſſorem qui in ius paciſcentis vel nullomodo, vel non niſi titulo ſingulari ſucceſſerit, poteſtatem quoque Saluiani totam euaneſcere neceſſe eſt, vt non magis vtili interdicto, quàm directo locus eſſe poſſit. Et verò quomodo fieri obſecro poteſt, vt interdictum hoc in rem concipiatur, quod non aliam cauſam habere poſſit, quàm pactum, in perſonam duntaxat non in rem conceptum? Dicat aliquis, Pactum de obligandis rebus coloni in prædium ruſticum illatis licèt ſolam paciſcentis coloni perſonam liget, tamen ipſam rem afficere, cùm nudo illo pacto ius pignoris in omnibus illis rebus conſtituatur, *d. §. item Seruiana Inſt. de action.* Quid mirum igitur ſi Saluianum, quod ex eiuſmodi pacto proficiſcitur, etiã contra quemcunque rerum obligatarum poſſeſſorem detur? Verùm iam diximus non dari Saluianum pro rebus coloni obligatis tanquam obligatis, ſed tanquam in pactum deductis, vt obligarentur. Alioqui nec de aliis rebus competeret, quàm quæ eſſent reuera obligatę & perinde adigendus eſſet locator ad eas anguſtias vt probandum neceſſariò haberet ius pignoris bene conſtitutum, & in neceſſarium antecedens fuiſſe res illas in dominio, aut ſaltem in bonis ſui debitoris, atque ſi quaſi Seruianam & hypothecariam exer-

exerceret. Quæ res aufferret ei commodum interdicti, eſſétque aliena penitus à propoſito prætoris qui in edicto & interdicto illo proponendo id egit præcipuè, vt faciliorem redderet locatori pignorum perſecutionem, nulla ei alia neceſſitate iniuncta quàm probandi pacti, cuius tamen probatio agenti hypothecaria eſſet inutilis, ſi non & poſſeſſio & dominium quoque debitoris in rebus pignori datis probaretur. *d. l. & quæ nondum* 15. *§. quod dicitur* iunct. *l.* 1. *§. cùm prædium D. de pignor. l. ante omnia* 23. *D. de probat.*

ERROR QVARTVS.

De poſſeſſione debitoris quam interpretes probari volunt in Saluiano interdicto.

IN eóque rurſum videntur mihi valde erraſſe omnes quotquot vnquam de interdicto iſto ſcripſerunt interpretes, quod putant eum, qui Saluiano experitur probandam neceſſariò habere, poſſeſſionem conductoris eo tempore quo conuenit de pignore: quemadmodum in hypothecaria probandum vtique haberet dominium debitoris. Nam cùm hoc interdictum non ſit retinendæ poſſeſſionis, ſed adipiſcendæ, vt toties diximus, quid referre poteſt an colonus res pignoris nomine illatas poſſederit tempore conuentionis an non poſſederit? an non ſatis eſt locatori quod poſſeſſionem illam colonus habeat eo tempore quo interdictum proponitur, vt eam adipiſci locator ipſe poſſit? Ideóque nimirũ nec in hypothecaria illud requiritur vt creditor probet eas res quas iure pignoris perſequitur fuiſſe poſſeſſas à debitore tùm cùm inter illos conueniebat de pignore, ſed ſufficit, vt probet dominium, quod ſine poſſeſſione habere facilè debitor potuit, cum qua nihil commune proprietas habet: Eſtque vno tantùm illo caſu neceſſaria poſſeſſionis probatio, quo creditor voluerit fieri exinde poſſeſſor pignorum per clauſulam conſtituti, cùm fieri nequeat vt per conſtitutum translata ſit poſſeſſio eius rei quam conſtituens non poſſidebat *vulg. l. quod meo* 18. *D. de acquir. poſſ.* Niſi proponas obligata fuiſſe cum clauſula conſtituti bona omnia præſentia & futura, quo caſu ſicuti futurorũ obligatio ritè contrahitur, vt ex die acquiſitionis pignori obligata cenſeantur: ita & poſſeſſionem ex eodem die in creditorem tranſlatam videri placet. Cur ergo agentem interdicto Saluiano cogemus probare rem fuiſſe poſſeſſam à debitore tùm cùm paciſcebatur de pignore, vt cõditionem ipſius hac parte duriorem faciamus, quàm ſi hypothecariam exerceret? Sed etſi conductor non poſſideat tempore propoſiti interdicti, aut ſi cùm poſſideat, neget tamen ſe poſſidere, nihilomagis arctandum puto locatorem vt probet conductoris ſui poſſeſſionem. Non enim id agitur hoc interdicto, vt poſſeſſio conductoris transferatur in locatorem, ſed hoc tantùm vt poſſit locator adipiſci poſſeſſionem, quod nihil aliud eſt, quàm incipere poſſidere, nec iubet prætor colono vt locatorem faciat poſſeſſorem, ſed tantummodò vetat ne vim faciat locatori pignoris poſſeſſionem adprehendenti, quod perinde præſtare poteſt conductor qui non poſſidet, atque is qui poſſidet, adeóque tantò cõmodiùs quantò minùs eius intereſt qui non poſſidet, cùm etſi poſſideret, hoc ipſo tamen quod negaret ſe poſſidere poſſeſſionem amitteret in pœnã mendacij *l. vlt. D. de rei vindic.* Neque ideò verendum eſt, vt inutile ſit locatori interdictum aduerſus conductorem ad poſſeſſionem adipiſcendã, quam

conductor ipſe non habeat, non ſolùm quia vacãs poſſeſſio faciliùs adprehendi poteſt quàm quæ non vacat, ſed etiam quia fieri facilè poteſt, vt rei iudicatæ tempore conductor eam rem poſſideat quam non poſſederit antea, neque propoſiti interdicti tempore, neque litis conteſtatæ, quod ſufficit vt tenere poſſit interdictum *arg. l. quòd ſi in diem 16. in princip. l. ſi à domino 36. §. pen. D. de petit. hered. l. ſi autem 27. §. 1. D. de rei vindic. l. quæſitum 30. in princip. D. de pecul.*

ERROR QVINTVS.

De differentia interdictorum adipiſcendæ poſſeſſionis & petitorij etiam quod ad poſſeſſionem.

ET in hoc quoque differt valde interdictum Saluianum ab actione hypothecaria, nec minùs à directa rei vindicatione. Nam neque dominij, neque pignoris vindicatio aduerſus alium dari poteſt quã qui vel adhuc poſſideat, vel dolo malo deſierit poſſidere, vel ſe liti obtulerit tanquam poſſeſſor cùm non poſſideret. Hos enim poſteriores tametſi reuera nõ poſſideant, pro poſſeſſorib. tamẽ habendos & condẽnãdos eſſe placet *l. qui ſe liti 45. D. de petit. hered. l. is qui ſe obtulit 25. l. qui petitorio 36. D. de rei vindic. l. ſi fundus 16. §. in vindicatione D. de pignor.* Nimirũ, quia per vtrãq; vindicationẽ, ſiue dominij, ſiue pignoris, id agitur, vt qui poſſidet, reſtituere iubeatur, & ni reſtituat quãti actoris intereſt condemnetur *l. qui reſtituere 68. D. de rei vindic.* fieri autem non poteſt vt rei poſſeſſionem reſtituat, qui eam non habet *l. officium 9. eod.* Quod tamen non ſatis benè ab interpretib. noſtris obſeruatum videtur, qui ſolent dicere interdicta adipiſcendę poſſeſſionis ſapere naturam petitorij, quaſi non in alio differant, quàm quòd in petitorio diſputatur de dominio, in iſtis verò interdictis de poſſeſſione, cùm tamẽ verùm ſit differre illa inter ſe etiam ratione poſſeſſionis, adeóque etiam ex parte agentis, quippe qui licèt vtrâque via poſſeſſionem adipiſci & nanciſci deſideret, tamen in interdicto contendit de poſſeſſione, in petitorio autem iudicio non tam de poſſeſſione quàm de domino aut de iure pignoris, vt explicabimus in ſequentibus, ſed differunt multò magis ex parte rei qui conuenitur, quem in petitorio neceſſe eſt poſſeſſorem eſſe aut ſaltem pro poſſeſſore haberi: at in interdicto non eſt neceſſe. Et ratio differentiæ eſt, quoniam interdicta adipiſcendæ poſſeſſionis omnia ſunt prohibitoria, & ſic concepta vt Prætor vim fieri vetet ei quem vult poſſe adipiſci poſſeſſionem: proinde non ad aliud obligant eum qui conuenitur, quàm vti ne vim faciat actori poſſeſſionem adprehendenti, quod vt præſtare poſſit, nil neceſſe eſt eum poſſidere. Actio autem petitoria non prohibitionem, ſed iuſſum implorat iudicis, vt is qui conuenitur, eam rem de qua agitur, reſtituere iubeatur. Supponit igitur habere illum reſtituendi facultatem ne alioqui agere fruſtra videatur, vt ſcriptum eſt *in l. qui petitorio 36. D. de rei vindic.* quam porrò habere non aliter poteſt, quàm ſi rei detentionem habeat corporalem. Dixi *detentionem* non *poſſeſſionem*, quoniam & directa rei vindicatio & hypothecaria contenta eſt vt qualiſqualis poſſeſſio, id eſt, etiam illa, quæ magis propriè nuda, & aſinina detentatio vulgò appellatur, ſit penes poſſeſſorem, ſi quidem ſufficit illa vt qui conuenitur tanquam poſſeſ-

poſſeſſor habeat facultatem reſtituendi, vtque ex eo inducatur arbitrium iudicis ad condemnandum reum in id omne quod intereſt actoris ſi res non reſtituatur *d.l.officium* 9. *in fi.eod.* At interdicta ſiue adipiſcendæ poſſeſſionis ſint, ſiue retinendæ, ſiue recuperandæ non niſi ad veram poſſeſſionem pertinent,& in ijs omnibus id agit prætor,vt eum cui dat interdictum aut faciat, aut retineat verum poſſeſſorem.*d.l.officium*. Quæ alia nec contemnenda differentia eſt inter actiones in rem, & interdicta. Concludamus ergo Saluianum interdictum, quoniam & adipiſcendæ poſſeſſionis, & prohibitorium eſt, non exigere vt is contra quem proponitur aut poſſeſſor ſit eo tempore quo conuenitur, aut fuerit eo tempore, quo de pignore paciſcebatur,& ideò nulla probatione alia onerandum eum qui Saluiano experitur, niſi quòd is cum quo experitur conuenerit de pignore: quam conuentionem certum eſt fieri poſſe ab illo etiam qui non poſſideat, ſicut & ab eo qui non ſit reuera dominus, quamuis non niſi prorſus ineptè ab eo qui ſe dominum eſſe non putet,ne quidem per mendacium, quia ſicuti ſolus ille qui verè dominus eſt, aut qui veri domini voluntatem habet poteſt ius & vinculum pignoris conſtituere, ita nec fieri poteſt vt quiſquam paciſcatur de pignore,niſi tanquam dominus,non etiam quaſi poſſeſſor: Nec enim ſicut dominij,ſic & poſſeſſionis neceſſitas vlla ſubeſt ad pignus vtiliter conſtituendum.

ERROR SEXTVS.

De ſententia & lectione l.1.§.1.D.de Saluian.interd.

QVOD interpretibus & pragmaticis noſtris placet poſſe Saluianum interdictum ſi non directum ſaltem vtile competere locatori etiam contra tertium poſſeſſorem,quamquam ſine ratione eſt, & contra verba *l.1.C.de precar.& Saluian.interd.* vt in ſuperioribus oſtẽdimus, non tamen eſt ſine lege,idipſum enim duobus locis reſponſum videtur à Saluio Iuliano qui huius interdicti author eſſe creditur *in l.1. in princip. & §.1.ff. ill.tit.de Saluian.interd.*Principio legis ait Iulianus,ſi colonus ancillam in fundum pignoris nomine induxerit,& eam vendiderit,quod apud emptorem ex ea natum eſt eius adprehendendi gratia vtile interdictum reddi oportere: quod omnes ſic accipiunt, vt interdictum hoc vtile reddendum ſit pro partu ancillæ etiam contra emptorem. Quanto magis pro ancilla ipſa competet quam ponimus expreſſim obligatam fuiſſe?ſic enim argumentatur Iacob.Menoch.*in remed.3.adipiſc.poſ.quæſt.7 nu.56*.At *in §.1.*idem Iulianus ſcribit apertiùs, ſi colonus res aliquas in fundum duorum pignoris nomine intulerit,ita vt vtrique in ſolidum obligatæ eſſent,ſingulos aduerſus extraneum Saluiano interdicto rectè acturos,Inter ipſos verò ſi interdictum hoc reddatur,meliorem poſſidentis condicionem fore.Ex quibus verbis conſtat apertiſſimè Saluianum interdictum non aduerſus conductorem tantummodò competere locatori,vt disertè ſcriptum eſt *in d.l.1.C.de precar.*ſed etiam contra extraneum poſſeſſorem? & inter locatores ipſos ſi plures eſſe,ac de earundem rerum oppigneratarum poſſeſſione cõtendere proponantur. Ac quamquam non aperit Iulianus an interdictum illud directum cenſeri debeat,an vtile, adeóque in dubio de directo potiùs quàm de vtili ſenſiſſe Iulianum credendum eſt, Attamen non dubitant interpretes quin de vtili potiùs accipiendum illud ſit,

Digitized by Google

tum quòd in præcedente reſponſo expreſſam vtilis interdicti mentionem Iulianus fecerit: Tum maximè ne alioqui fatendum neceſſariò ſit pugnare Iuliani reſponſum cum reſcripto Imperatoris *in d.l.1.C.de precar*. quarum legum aliter conciliandarum nullam ſatis bonam rationem eſſe omnes fatentur. Nos verò probauimus in ſuperioribus interpretationem hanc neque menti Imperatoris, neque reſcripti verbis conuenire, nec minùs de vtili quàm de directo interdicto Saluiano intellexiſſe Gordianum, cùm reſcripſit, interdictum hoc tantummodo contra conductorem debitorémque dari. Quod ſubſentientes quidam ex interpretibus auſi ſunt dicere corruptum eſſe reſcriptum Gordiani, totámque illam parentheſim *id enim tantummodò aduerſus conductorem debitorémve competit*, tanquam interlinearem & irreptitiam delendam eſſe, vt & alia non pauca quæ & imperitorum interpretum gloſſis in reſponſa prudentum reſcriptáque Imperatorum irrepſiſſe negari non poteſt. Ita namque Antoninus Teſſaurus Deciſ. Pedemont. Ne tamen iſtis ſuccenſeam illud facit quod non poſſum mihi perſuadere, aut Imperatorem à Iuliano in quæſtione iſta diſſenſiſſe, aut Iulianum tantæ authoritatis & eruditionis virum, ſiue author interdicti fuerit, ſiue non fuerit, ius illud ignoraſſe quod Imperator non ſine multorum prudentum conſilio habuerit pro certo & explorato, Neque tamen poſſum probare, quod iidem volunt, ſic emendandum textum Codicis vt totam illam parentheſim deleamus, qua etiam deleta, illud tamen verum remanebit quod in eadem lege ſcriptum ſupereſt, ſi locatore non remittente pignus, id eſt non expreſſim conſentiente conductor ea quæ locatori obnoxia ſunt, vendiderit, integrum quidem ius eſſe locatori ea perſequi at non interdicto Saluiano, ſed actione Seruiana, vel etiam vtili, id eſt quaſi Seruiana & hypothecaria. Quid enim aliud adfirmamus, niſi hoc ipſum quod lex ait, Saluiano interdicto contra extraneum emptorem locum non eſſe? Quòd ſi ad declinandam obiectionem, confugias ad illam diſtinctionem Saluiani directi & vtilis quam nos improbamus, quid ergo attinet parentheſim delere, quam tametſi retineas, perinde poſſis ac præcedentia legis verba de vtili interdicto interpretari, vt faciunt cæteri qui nihil emendant. Taceo quod ratio ipſa iuris quæ primùm inquirenda ſemper, tenendáque eſt, euincit neceſſariò verum eſſe quod iſti tanquam falſum delent, Saluianum interdictum tantummodò aduerſus conductorem debitorémve dari, cùm naſcatur interdictum ex ſola pacti poteſtate: pactum autem non alij nocere poſſit aut debeat, quàm ipſi paciſcenti. Ergo emendandus omnimodo eſt textus Iuliani *in d.l.1.§.1.* & ad Seruianam actionem non ad Saluianum interdictum accommodandus. Quod vt ſentiam præter ea, quæ iam dixi, me illud etiam valde mouet, quod illam ipſam ſpeciem quam Iulianus tractat *in d.§.1.* tractatam video ab Vlpiano *in l.ſi debitor* 10.*D.de pignor*. iiſdem penè verbis, eodem ſanè ſenſu, nulla tamen Saluiani interdicti, ſed tantùm Seruianæ actionis facta mentione, de cuius legis ſententia nunc videamus.

ERROR SEPTIMVS.

De ſententia & ratione l.ſi debitor 10.*D.de pignor.*

id

SI debitor,inquit Vlpianus,res ſuas duobus ſimul pignori obligauerit,ita vt vtrique in ſolidum obligatæ eſſent, ſinguli in ſolidum aduerſus extraneos Seruiana vtentur, Inter ipſos autem ſi quæſtio moueatur,poſſidentis meliorem condicionem eſſe: dabitur enim poſſidenti hæc exceptio *ſi non conuenit vt eadem res, mihi quoque pignori eſſet.* Si autem id actum fuerit,vt pro partibus res obligarentur,vtilem actionem competere,& inter ipſos & aduerſus extraneos per quam dimidiæ partis poſſeſſionem ſinguli adprehendant. Quæ poſterior pars ſententiæ Vlpiani nec à Iuliano prætermiſſa eſt *in d.l.1.§.1.* vbi addit ille, At ſi id actũ fuerit vt pro partibus res obligarentur, vtilis actio & aduerſus extraneos, & inter ipſos reddi debebit per quam dimidias partes poſſeſſionis ſinguli adprehendent.Cùm verò Iulianus anterior & antiquior fuerit Vlpiano non minùs tempore quàm authoritate,dubitandum non eſt quin Vlpianus ſententiam ſuam à Iuliano mutuatus ſit,non Iulianus ab Vlpiano, nec proinde quin idipſum ſcripſerit Iulianus *in d.l.1.§.1.de Saluian.interd.* quod ex Vlpiano ſcriptum legimus *in d. l. ſi debitor.* Atquin Vlpianus apertè loquitur de Seruiana actione tantùm,Iulianus verò non niſi de Saluiano interdicto:ergo aliquid neceſſariò emendandum eſt vel apud Vlpianum, vel apud Iulianum. Non apud Vlpianum, quia nemo dubitat quin veriſſimum illud ſit quod ait Vlpianus de actione Seruiana, Competere illam ſingulis creditoribus & in ſolidum,& aduerſus extraneos, quoties debitor res ſuas ſimul pignori obligauit, ita vt eſſent vtrique in ſolidum obligatæ: At non æquè certum eſt quod de Saluiano interdicto ſcriptum legimus ex Iuliano *in d.l.1.§.1.* Hoc enim illud eſt de quo nunc diſputamus.Emendandus ergo eſt Iulianus potiùs quàm Vlpianus, præſertim cùm Vlpiani ſententiæ neque ratio,neque alius vllus iuris locus obſtet, Iuliani autem dicto repugnet manifeſtiſſimè reſcriptum Imp. Gordiani *in d. l. 1.C.de precar.* Addo quòd ex eodem ipſo contextu Iuliani, apparet tractaſſe illum in ea ſpecie de actione Seruiana, Cùm quod ille ait vtilem actionem & aduerſus extraneos, & inter ipſos dari debere per quam dimidias partes poſſeſſionis ſinguli adprehendant, ſi actum id fuerit, vt pro partibus ſinguli obligarentur, non de alia poſſit accipi quàm de quaſi Seruiana & hypothecaria,quomodo ferè omnes vulgò interpretantur. De qua enim alia intelligeretur? An fortè de vtili Saluiano? Minimè gentium. Interdictum namque vtile illud dicitur,nõ vtilis actio:Nec vnquam interdicti & actionis nomina ſicuti nec iura confunduntur,quãuis placeat actionis verbo generaliter ſumpto etiam interdicta cõtineri *l.actionis 37.D.de oblig.& act.* ídque hodie multò probabiliùs quàm olim poſt ſubſtitutas in locũ interdictorũ extraordinarias & vtiles actiones *§.vlt.Inſt.de interd.* Et verò ita eſſe apparet euidentiùs ex eo quod Vlpianus *in d. l. ſi debitor* iiſdem planè verbis vtitur, & de vtili quoque actione loquitur, cùm tamen in præcedentibus non de Saluiano interdicto, ſed de Seruiana tantùm actione locutus fuiſſet. Neque enim dubitandum eſt quin vtilem actionem Vlpianus eo loco intelligat illam quæ opponatur directæ de qua priùs fuerat locutus. Ergo quemadmodum præcedens mentio Seruianę apud Vlpianũ cogit nos vt quod ait de vtili actione interpretemur de vtili Seruiana, ita è contrario ſubiecta mentio vtilis actionis apud Iulianũ quæ non de alia poſſit intelligi, quàm de vtili Seruiana, facere debet, vt in præcedentibus credendum ſit Iulianum, neque de Saluiano interdicto

Digitized by Google

neque de alia actione locutum eſſe quàm de Seruiana. Alioquin ſi dicamus in priore illa Iuliani ſpecie, cùm colonus res ſuas in fundum duorum pignoris nomine intulerit, ita vt vtrique in ſolidum obligatæ eſſent, tale ius eſſe, vt Saluianum interdictum, ſiue directum, ſiue vtile debeat competere locatori etiam contra extraneum emptorem, itémque actio Seruiana ſi eam proponere locator malit. quidni etiam dicemus in poſteriore caſu Iuliani, quo non directa Seruiana, ſed vtilis tantùm, & quaſi Seruiana poſſit competere, æquè interdictum Saluianum vtile competiturum? An fortè difficilius eſt vt vtile Saluianum competat, quàm vt vtilis Seruiana? An non è diuerſo facilius eſt vt interdicta dentur, quæ ſunt de ſola poſſeſſione, quàm vt actiones quæ ſunt de iure litigatorum, & dominij aut pignoris quæſtionem implicitam habent? Quare nec diſſimulare poteſt Cuiacius *lib. 5. Obſer. cap. 24.* quin agnoſcat aut ſuſpicetur manum Triboniani *in d. l. 1. §. 1. de Saluian. interd.* quaſi Iulianus quidem ſcripſiſſet in priore ſpecie & Seruianam actionem competere, & interdictum Saluianum: Tribonianus verò Seruianæ mentionem ſuſtulerit, Saluiani retinuerit, cùm legem eam poneret *ſub tit. De Saluiano interdicto.* Sed cùm fateatur Cuiacius reſidere adhuc apud Iulianum Seruianæ actionis mentionem, quis credat circumſcriptum à Triboniano nomen Seruianæ actionis directæ, vtilis verò relictum? Sed me illud magis mouet, quod iam oſtendi rationem iuris non pati vt Saluianum interdictum, ſiue directum, ſiue vtile, aliáve vlla actio quàm Seruiana competat locatori aduerſus extraneũ poſſeſſorem. Nec magis illo caſu quo conuenit vt res in fundum communem inductæ vtrique domino eſſent obligatæ, quàm eo quo conueniſſet vt ſingulis pro partibus obligarentur. Neque verò credibile eſt prætermiſſurum fuiſſe Vlpianum mentionem Saluiani interdicti cùm Iuliani ſententiam licèt ſuppreſſo ipſius nomine referret, ſi de Saluiano quoque in ea ſpecie reddendo Iulianus aliquid ſcripſiſſet. Potuit ſanè Tribonianus, & debuit generaliorem facere ſententiam Vlpiani *in d. l. ſi debitor* poſita *ſub tit. De pignor.* quàm fuiſſet Iuliani *in d. l. 1. §. 1. de Saluian. interd.* vt ſuis titulis leges conuenirent, ob eámque cauſam ad debitorem quemlibet accommodare, quod Iulianus ſcripſerat de colono: Latiùs enim patet nomẽ debitoris quàm eius, qui tantùm ex conductionis cauſa debitor eſt *l. creditores* 10. *cum duab. ſeq. De verb. ſignific.* Sed non debuerat ea res facere, vt apud Vlpianum delenda eſſet mentio Saluiani interdicti, cùm appellatione debitoris de quo Vlpianus tractabat colonus etiam contineretur, magnáque ſit vtilitas Saluiani eo quoque caſu, quo Seruiana ſiue directa, ſiue vtilis exerceri poſſit. Fateor non poſſe dubitari, aut tractari de Saluiano, ſiue directo, ſiue vtili an cõpetat, niſi cùm agitur de rebus coloni, aut à colono pro fundi mercede obligatis, vt in ſequentibus manifeſtiùs oſtendemus. Sed hoc contendo, cùm Vlpianus *in d. l. ſi debitor*, tractans generaliter de quolibet debitore tractaret etiam de colono, non debuiſſe apud Vlpianum tolli mentionem interdicti Saluiani, ſi quo caſu fieri poterat, vt interdictum illud, ſiue directum, ſiue vtile locum haberet, & concurreret cum Seruiana. Eritque ratio hæc noſtra efficacior ſi cum interpretibus admittas, quod nos multò magis negamus, reddi poſſe Saluianum vtile contra quemlibet poſſeſſorem, etiamſi ex alia, quàm conductionis cauſa debeatur. Quidni enim reliquiſſet Tribonianus apud Vlpianum mentionem vtilis Saluiani, quam apud Iulianum reliquerat, ſicut vtrobique mentionem reliquit vtilis Seruianæ?

ERROR

Digitized by Google

ERROR OCTAVVS.

De emendandâ Iuliani ſententia in d.l.1.§.1.

AT QVI, inquies, negari non poteſt, quin de Saluiano interdicto ſcripſerit & ſenſerit Iulianus, *in d.l.1.§.1.* verba enim illa ſunt apertiora quàm vt cauillari quis poſſit, *ſinguli aduerſus extraneum Saluiano interdicto rectè experientur.* Ea verò ſunt; quæ nos emendatione potiùs quàm interpretatione indigere arbitramur: ſicque reſtituenda eſſe vt pro dictione *Saluiano*, legamus *Seruiana non* faciliè conflato errore ex literarum & dictionum ſimilitudine. Nec enim minùs prope accedit nomen Saluiani interdicti ad nomen Seruianæ actionis, quàm Saluianum ipſum interdictum ad Seruianã actionem, cúmque poſſent ſex illæ priores literæ *Seruia.* cum puncto ſufficere ad totam dictionem *Seruiana* exprimendam, potuit ſequens negatio *non* duabus illis *no* ſcribi adiecta ſupernota quæ literam *n* suppleret, vt ſolebant veteres librarij, vel notis tantùm, vel quàm paucioribus facere poterant literis omnia ſcribere. Quod non intelligens imperitus quidam ſiue interpres, ſiue librarius, aut typographus is fuit, repoſuit *Saluiano*, pro *Seruiana nõ*, ſiue quòd priores illas literas *Seruia.* ſeparatim ſumptas nullius ſenſus eſſe videret, ſiue quod ſubiecta dictio *interdicto* non de alio, quàm de Saluiano intelligi poſſe videretur, cùm Seruianum nullum ſit interdictum. Dico igitur Iulianum ita ſcripſiſſe quomodo ex vera, & neceſſaria iuris ratione ſcribere omnimodo debuit, *ſinguli aduerſus extraneum Seruiana, non interdicto rectè experientur*, atque ita fiet commodiſſimè, vt Iulianus non minùs cum iuris ratione conſentiat, & cum Imp. Gordiano, *in d.l.1.C.de precar.* quàm cum Vlpiano *in d.l.ſi debitor.* Nec idcirco verendum erit, vt locus ille Iuliani non ſatis accommodatus videatur *ad tit. De Saluiano interdicto.* Tam enim ad titulum illum pertinet ſciri, non eſſe locum in ea ſpecie Saluiano interdicto, quàm ſi ſcriptum eſſet locum eſſe, ſufficitque interdicti mentionem *ſupereſſe*, ne quid à Triboniano in ea Iuliani ſententia ſub illo titulo collocanda minùs appoſitè factum videatur. Maximè verò cùm in ſequentibus in quibus nihil emendamus apertè ſcriptum ſit inter ipſos fundi conducti dominos poſſe reddi Saluianum illud interdictum, eóque caſu meliorem poſſeſſoris conditionẽ fore. Tractauit enim Iulianus tres caſus in quibus ſingulis diuerſum ius conſtituit. Primus caſus eſt, ſi colonus res ſuas in fundum duorum pignoris nomine intulerit, ita vt vtrique in ſolidum obligatæ eſſent, & ſinguli locatores iidémque domini velint agere contra extraneum, id eſt tertium poſſeſſoré, ſiue Saluiano interdicto quod eſſet ſanè commodiùs, ſiue Seruiana actione. Secundus caſus eſt ſi ſupradicta ſpecie & conuentione ſuppoſita velint locatores inuicem agere & Saluianum quoque exercere. Tertius eſt ſi id actũ fuerit inter eos & colonum vt pro partibus vtrique res coloni obligarentur. Primo caſu ait Iulianus ſingulos locatores actione Seruiana non interdicto aduerſus extraneum rectè experturos, vt *& in d.l.1.C.de precar. & in d.l.ſi debitor.10. D.de pignor.* Nempe quia Saluianum interdictum non aduerſus extraneum competere poteſt, ſed tantummodò aduerſus conductorem eundémq; debitorem, qui ſolus de pignore pactus fuit. Secundo caſu nõ quidem negat Iulianus etiam actionem Seruianam inter ipſos locatores dari poſſe, nihil o-

Digitized by Google

num prohibet dari, quod & ſcriptũ eſt *in d.l.ſi debitor*, ſed ait interdictum hoc Saluianum inter ipſos reddi poſſe, quod non tam ab Vlpiano, quàm à Triboniano prætermiſſũ fuiſſe *in d.l. ſi debitor*, cõſtat manifeſtè *ex l.vlt.ff.de Saluian. interd.* in qua hęc eadem ſentẽtia proponitur, non tantùm ex eodem Vlpiano, ſed etiam ex eodem Vlpiani libro, ſi credimus Cuiacio qui inſcriptionem *dictæ l.vlt.* emendat ex inſcriptione *d.l.ſi debitor*, vt initium vnius cum extremo alterius coniungat. Tertio autem caſu negat Iulianus aut actioni directę Seruianæ, aut interdicto Saluiano, ſiue directo, ſiue vtili locum eſſe poſſe, ſed vtilem actionem, id eſt quaſi Seruianam & hypothecariam dari debere ait, & aduerſus extraneos & inter ipſos, id eſt, vt antitheſim agnoſcas, non tantùm ſi agant aduerſus extraneos, quo caſu dictum fuerat in priore ſpecie habituros illos non quidem Saluianum interdictum, ſed actionem Seruianam, ſed etiam ſi agant inter ſe inuicem, quo caſu ſi prior ſpecies tractaretur, haberent illi etiam Saluianum. Ex quo intelligimus Iulianum vbi de priore ſpecie tractauit, diſtinxiſſe duos illos caſus, & aliter reſpondiſſe ſi locatores ſinguli aduerſus extraneum, aliter verò ſi inuicem experiri vellent, quod & prior illa antitheſis demonſtrat *inter ipſos verò*. In poſteriore verò ſpecie idem iuris conſtituere, ſiue contra tertium ſinguli, ſiue inuicem experiri velint, vt ſcilicet, neque Seruianam habeant, neque Saluianum, ſed quaſi Seruianam duntaxat, ſeu hypothecariam. Itaque opponit Iulianus poſteriorem ſpeciem priori in totum, cùm ita ſcribit, *At ſi id actum fuerit vt pro partibus, res obligarentur, vtilis actio & aduerſus extraneos & inter ipſos dari debebit*, vt ſignificet circa poſteriorem hanc ſpeciem non eſſe adhibendam diſtinctionem quæ circa priorem adhibita fuerat an contra extraneum agere ſinguli vellent, an inter ipſos. Dices, quod ad priorem ſpeciem attinet, antitheſim potiùs in eo eſſe, non vt ſingulis detur Seruiana contra extraneum, inter ipſos verò Saluianum, vtroque enim caſu Saluianum ſaltem vtile reddi poſſe, ſed in eo quod licèt vtroque caſu poſſit Saluiano locus eſſe, tamen cùm aduerſus extraneũ ſinguli agunt, ſinguli quoque vincũt, alioqui non eſſet verum quod ait Iulianus ſingulos aduerſus extraneum rectè Saluiano experiri, cùm verò inter ipſos Saluianũ redditur, ſolus poſſeſſor vincit. Ac ſanè fatendum omnino eſt ſic antitheſim hanc explicandam eſſe ſi admittas in primo caſu prioris ſpeciei Saluiano locum eſſe. Verùm præter id quod interpretationem noſtram probabiliorem faciunt verba illa poſterioris ſpeciei quæ proximè retulimus, & quibus formatur antitheſis non tantùm in genere actionis, ſed etiam in eo quod idem genus actionis pluribus locatoribus & aduerſus extraneos, & inter ipſos accommodatur, illa etiam ratio pro nobis facit, & emendationem noſtram mirificè confirmat, quòd quamuis concederem interpretibus quod omnes volunt, Saluianum interdictum ſaltem vtile dari poſſe contra extraneum poſſeſſorem, fieri tamen conſequens nullo modo poſſet, quod ex Iuliano ſcriptum legimus *in d.l.1.§.1.* plures locatores aduerſus extraneum ſingulos Saluiano interdicto rectè acturos. Nam cùm is demùm rectè dicatur agere qui ſic agendo vincere & obtinere debeat, Interdictum autem Saluianum ad poſſeſſionem adipiſcendam pertineat, fieri non poteſt vt ij quibus ſingulis res conductoris in ſolidum obligatæ ſunt, rectè agunt ſinguli Saluiano interdicto aduerſus extraneum, quin hoc ipſo ſinguli fiant eiuſdem rei in ſolidum poſſeſſores: id ſiquidem demùm eſt, in Saluiano vincere, fieri ſcilicet poſſeſſorem eius rei de qua obliganda conuenit,

uenit,

Digitized by Google

uenit, & quidem pro ea ipſa parte quæ in pactum pignoris deducta fuit, in ſolidum igitur, ſi agenti interdicto res in ſolidum obligata fuit. Atqui tractamus de pluribus locatoribus quorum vtrique res fuerit in ſolidum obligata, id eſt ſingulis tota, non pro partibus: Concludendum ergo eſt ſi rectè agant ſinguli Saluiano contra extraneum, fore neceſſariò, vt totius rei poſſeſſionem in ſolidum quiſque adipiſcatur, atque ita vt plures eandem rē ſimul & in ſolidum poſſidere incipiant, adeóque authore prætore ac ex interdicto, & conſequenter iuſtè, quod tamen ne fieri poſſit non tantùm ratio iuris, ſed etiam natura ipſa impedimento eſt, *l. 3. §. ex contrario D. de acquir. poſſ. l. duo in ſolidum 19. D. de precar.* Nam etſi Sabinianorum ea fuit ſententia vt poſſit eadem res à duobus ſimul & in ſolidum eodem tempore poſſideri dummodò non eodem genere poſſeſſionis, ſed ab vno iuſtè, ab alio iniuſtè *l. & habet 15. §. eum qui precario eod. tit. & d. §. ex contrario*, quam ſententiam Iulianus quoque noſter tanquam Sabinianus ſecutus fuit, vt conſtat *ex d. l. duo in ſolidum*, omnes tamen conſentiunt eandem rem à pluribus iuſtè poſſideri in ſolidum non poſſe aut à pluribus iniuſtè, ſicut nec quiſquam diffitetur iuſtè poſſidere illum qui prætore authore poſſidet *l. iuſtè 11. D. de acquir. poſſ.* Et authore prætore illum poſſidere qui ex cauſa interdicti adeptus eſt poſſeſſionem *l. is qui deſtinauit 24. D. de rei vindicat.* Nam & inde fit vt in ea poſſeſſione omnimodo illum tueri prætor debeat. Non magis igitur fieri poteſt, vt plures locatores de eadem re Saluiano interdicto rectè agant ſinguli, quā vt prætor faciat eos ſingulos eiuſdem rei iuſtos in ſolidum poſſeſſores. Seruiana proinde actione experiri eos neceſſe eſt vt rectè experiantur, nec ſe inuicem impediant, quomodo aliis pleriſque caſibus euenit vt pluribus actio aliqua in ſolidum competat, & tamen neuter exercere illam poſſit, ipſis ſe mutuò impedientibus ſi non priùs inter ſe conſentiant, vt in *l. quoties 34. in princip. D. de vſufr. l. 2. in fi. D. quib. mod. vſusfr. amitt. l. huiuſmodi 84. §. vlt. de leg. 1.*

ERROR NONVS.

De differentia Seruianæ actionis & Saluiani interdicti, itémque directæ vindicationis ſi plures de eadem re in ſolidum agere velint.

CVR verò non ſicut in Saluiano, ita etiam in Seruiana ſe impediunt, cùm Seruiana perinde ac Saluianum detur ad auocandam poſſeſſionem *d. l. ſi debitor in fin. l. ſi cùm venditor 66. D. de euict.* Reſpondeo non ineleganter, vt arbitror, diuerſam eſſe hac parte actionis Seruianæ & Saluiani interdicti rationem, quòd per Seruianam licèt poſſeſſio auocetur in effectu, non tamen de adipiſcenda poſſeſsione contendit creditor, ſed de iure tantùm pignoris, eandem verò rem pluribus creditoribus ſimul in ſolidū obligari nihil vetat, vt nec pluribus in ſolidū vendi dūne, diuerſis temporibus *l. qui duobus 21. D. ad leg. Cornel. de falſ. l. 3. §. 1. D. de crimin. ſtellion. l. ſi quis 36. §. 1. D. de pignor. act. l. & quæ nondum 15. §. vlt. D. de pignor.* Nec ad hoc Seruiana exercetur vt condemnetur poſſeſſor ad faciendum creditorem poſſeſſorem, ſed quoniam arbitraria actio eſt, in id tātùm competit vt niſi res obligata iudicis arbitrio reſtituatur condemnetur poſſeſſor quanti intereſt petitoris *l. ſi fundus 16. §. in vindicatione eod. tit. de pigno.* Ad aliud porrò teneri poſſeſſor non poteſt, quàm vt eam rem quæ petitur, ſemel reſti-

Digitized by Google

petitoriam eſſe conſtat, præſertim cùm dominium ſit iuris, non minùs quàm pignus, & vindicatio directa dominij perinde arbitraria ſit, atq; Seruiana vel hypothecaria quæ nihil niſi pignoris vindicatio eſt, Reſpondendum erit diſſimilitudinis rationem ex eo pendêre, quod vna eadémque res in plurium dominio inſolidum eſſe non poteſt, ac pluribus in ſolidum obligata eſſe poteſt. Hoc ipſum verò, inquies, cur ita? Nimirum quoniam dominium rei cuiuſlibet, ſi materialiter ſumatur, nihil niſi res ipſa eſt domino ſuo acquiſita *arg. l. quid aliud 86. D. de verb. ſignific.* ſi formaliter, ius quidem rei potiùs quàm res ipſa eſt, ſed tale ius quod inuito domino auferri non poteſt *vulg. l. id quod noſtrum 11. de reg. iur.* nec precio vllo æſtimari, quia nemo rem ſuam ſiue iuſto, ſiue iniuſto precio vendere inuitus cogitur *l. non enim 9. D. rer. amot. l. nec quaſi 70. D. de rei vindic.* At ius pignoris non eſt eiuſmodi. Eſt enim acceſſorium ad obligationem principalem debiti quæ commodam in pecunia recipit diuiſionem, nihilque prohibet pluribus Seruianam ſimul & in ſolidum in eandem rem exercentibus, offerri à poſſeſſore ſingulis ſolidum quod ijs debetur, qui vnicus effectus eſt actionis Seruianæ non ad alium finem comparatæ? vt quamuis vni ſatisfactum ſit in ſolidum, alij tamen adhuc maneat res in ſolidum obligata, quouſque ſit etiam ipſi ſolutum, aut aliter eo nomine ſatiſfactum. Itaque effectu ipſo nihil intereſt an fundus Titianus mihi pro quingentis aureis, & tibi pro aliis quingentis, vtrique in ſolidum obligatus ſit, an mihi vel tibi ſoli pro mille, Nec proinde an Seruianam aut quaſi Seruianam nos ambo ſimul & in ſolidum in eum fundum exerceamus, an alteruter noſtrûm ſolus: quia nihil aliud ex eo ſequitur, niſi vt verum ſit dicere fundum Titianum pro mille aureis obligatum eſſe. In ſumma, quoties de pignore tractatur, debiti principalis ratio principaliter habenda eſt ex quo ius pignoris tanquam acceſſorium æſtimatur: quod de dominio non ſimiliter dici poteſt. Vnde illud quoque ſit vt ei tantùm qui iure pignoris non item ei qui dominij iure poſſidet, offerri poſſit. *l. 2. C. ſi antiq. cred. pign. vend. d. l. Paulus 12. §. 1. D. quib. mod. pign. vel hypoth. ſoluit.* Supereſt vt videamus quid illud ſit, & quem ſenſum aut quam rationem habeat quod ex Iuliano ſcriptum legimus *in d. l. 1. §. 1. ff. de Saluian. interd.* & nos verum eſſe non negamus inter ipſos locatores Saluianum interdictũ reddi poſſe. Id enim ex diametro pugnare videtur cum eo quod tam conſtanter defendimus Saluianum interdictum competere tantummodò aduerſus conductorem: Cùm nullomodo conductor videri poſſit, qui ipſe æquè locator eſt. Pertinet verò ea quæſtio ad interpretationem *l. vlt. eod. tit. ff. de Saluian. interd.* quæ ipſa quoque perobſcuram ſententiam habere exiſtimatur. Decadis ſequentis tractatio iſta erit.

***

ANTONII FABRI I.C. SEBVSIANI, SENATORIS SABAVDIENSIS, ET IN GEBENNENSIS DVCATVS AVDITORIO PRAESIDIS

DE ERROR. PRAGMAT. ET INTERPR. IVR.

DECAS LIX.

ERROR PRIMVS.

De Saluiano inter locatores ipſos reddendo.

CVm colonus res ſuas in fundum duorum pignoris nomine intulit, ea lege dicta vt eſſent illæ vtrique domino in ſolidum obligatæ, multum intereſt an locatores agere velint contra extraneum poſſeſſorem, quod vtique facere ſinguli poſſunt, dummodò Seruianam actionem non Saluianum interdictum exerceant, vt ſuperiore capite oſtendimus, An verò inter ipſos, vt loquitur Iulianus *in l.1.§.1.* Hoc enim caſu habent electionem an Seruiana experiri velint, an potiùs interdicto. De Seruiana extat Vlpiani ſententia *in l.ſi debitor* 10.*ff.de pignor.* De Saluiano autem idipſum apertè ſcribit Iulianus *in d.§.1.* iis verbis, *inter ipſos verò ſi reddatur hoc interdictum, poſſidentis condicio melior erit.* At de vtroque remedio apertè loquitur Vlp. *in l.vlt.eod.tit.* vbi ait, In Saluiano interdicto ſi in fundum communem duorum pignora ſint ab aliquo inuecta, poſſeſſorem vincere debere, ac deſcendendum eis eſſe ad Seruianum iudicium. Hoc verò non improbabiliter quis crediderit pugnare cum eo, quod nos huc vſque conſtituimus, interdicto Saluiano ſiue directo, ſiue vtili locum eſſe tantummodò aduerſus conductorem *ex l.1.C.de precar.& Saluian.interd.* Nam vt ad finem præcedentis capitis argumentari cœpimus, conductor dici nullo modo poteſt ne quidem reſpectu locatoris ille qui & ipſe æquè locator eſt, quíque non magis pepigit de pignore quàm extraneus quem ideò negamus poſſe vllo caſu conueniri Saluiano. Non poteſt igitur fieri vt locatores inter ſe poſſint experiri interdicto iſto, quia hoc ipſo admittendum ſit, Poſſe igitur interdictum hoc locũ habere etiam cõtra extraneum, id eſt alium quàm conductorem. Atque ita noſtri vulgò ratiocinantur, exiſtimãtes ob hanc cauſam, non niſi vtile eſſe interdictum quod inter locatores ipſos redditur, quale eſſe volunt quod illi accommodant locatori contra extraneum quemlibet poſſeſſorem. In quo apertè vim faciunt Iuliano & Vlpiano qui ſupradictis locis loquuntur ſimpliciter de interdicto, Quo nomine ſimpliciter prolato directum

Digitized by Google

ctum ſignificatur non vtile. Nec enim vtilis nomen prætermittunt Iureconſulti, ſiue de vtili actione, ſiue de vtili interdicto loquantur, vt neque prætermiſit Iulianus tractans de vtili Saluiano in ſpecie *d. l. 1. in princip. D. de Saluian. interd.* Et ſanè ſic eſſe fatendum eſt, interdictum Saluianum quod inter locatores ipſos redditur, non vtile eſſe, ſed directum. An ergo fatemur poſſe interdictum etiam directum dari contra extraneum, & alium quàm conductorem, qui negamus, vel vtile vllum dari poſſe? At negamus primùm ita Iulianum aut Vlpianum vel ſcripſiſſe vel ſenſiſſe, vt interdictum Saluianum, ſiue directum, ſiue vtile detur vni ex locatoribus aduerſus alium locatorem. Sed vt inter ipſos reddi poſſit interdictum, quod ego ſic accipiendum eſſe dico, vt interdictum hoc reddendum ſit ei ſoli ex locatoribus qui non poſſidet, ſed aduerſus conductorem ipſum initio inſpecto, Ex poſtfacto autem aut, vt meliùs loquar, vt ipſa contra alium locatorem qui poſſeſſor reperitur, quia cùm hoc interdictum ſit adipiſcendæ poſſeſſionis, neque poteſt prodeſſe locatori ad poſſeſſionem adipiſcendam aduerſus conductorem qui ipſe non poſſideat ſi alius poſſeſſor ſit, qui intercedat, neque rurſum dari alij locatori qui iam poſſidet, quandoquidem is qui poſſidet, magis poſſeſſor fieri non poteſt, non magis quàm dari locatori qui non poſſidet aduerſus alium locatorem qui licèt poſſideat, tamen conductor non eſt. Illud ergo remedium vnicum ſupereſt, vt conductor, qui poſſidet, quia Saluianum habere non poteſt quod haberet ſi non poſſideret, tueatur ius ſuum, ſuámque poſſeſſionem contradicendo, ne alioqui minus iuris habeat ratione poſſeſſionis ob hoc ipſum quod poſſidet, quod ſanè perabſurdum eſſet. Id verò cùm ſit, euenit vt alius ille locator idémque poſſeſſor in modum contradictionis inducat Saluianum, quomodo circa querelam inofficioſi teſtamenti loquitur Vlpianus *in l. Papinianus* 8. *§. ſi filius D. de inoff. teſtam.* atque ita verum eſt Saluianum inter ipſos reddi, non quaſi alius ab alio per Saluianum conueniri poſſit (id enim non magis fieri poteſt quàm vt extraneus à locatore conueniatur huiuſmodi interdicto) ſed vt de Saluiani poteſtate ac iure inter eos contendendum ſit, ac ſi concurrerent in eo interdicto impetrando aduerſus conductorem, cùm tamen neque concurrere vnquam poſſint, ne videatur Prætor velle facere duos in ſolidum poſſeſſores, neque Saluianum proponi ab eo, qui iam poſſidet, ne magis poſſeſſor fieri velle exiſtimetur. Denique interdictum hoc caſu inter ipſos redditur non vt inuicem agant & excipiant, quaſi vterque actor ſit & vterque reus, quomodo dicere ſolemus in actionibus mixtis & interdictis duplicibus *l. in tribus* 13. *D. de iudic. l. iudicium communi* 10. *D. fin. regund. l. actionis* 37. *§.* 1. *de oblig. & action.* ſed vt vno agente aduerſus conductorem, eundémque debitorem, alij liceat qui poſſeſſor reperitur, ſuam poſſeſſionem defendere, non tanquam reo, ſed tanquam interceſſori, id eſt intercedendo & contradicendo potiùs quàm excipiendo. Itaque partim ſimile, partim diſſimile eſt quod Vlpianus ſcribit *in leg.* 1. *§. is autem D. de ſuperfic.* Eum quidem in cuius ſolo ſuperficies eſt vtique non indigere vtili actione quam illo edicto proponit prætor, cùm habeat in rem actionem, qualem habet de ſolo, cui ſuperficies cedit: Sed tamen ſi aduerſus ſuperficiarium velit vindicare, exceptione vtendum ſuperficiario in factum data. Nam cui damus actionem, eidem exceptionem quoque multò magis competere quis dixerit.

Digitized by Google

Habet enim ille tractatus hoc ſimile cum noſtro quod cui daremus Saluianum ſi non poſſideret, multò magis dandum ſit poſſidenti auxilium eiuſdem Saluiani ad contradicendum, ne quam habet poſſeſſionem amittat, quam ſi non haberet nanciſci etiam per interdictum poſſet. At diſſimile illud eſt, quod in propoſita quæſtione locator ille qui iam poſſeſſor eſt non inducit Saluianum per modum exceptionis, cùm non ipſe conueniatur, ſed per modum interuentionis, tanquam offerens ſe alienæ liti pro tuendo iure ſuo: Non enim quemadmodum in ſpecie *d. §. is autem*, dominus ſoli vindicat ſuperficiem aduerſus ſuperficiarium, ita & in tractatu noſtro dici poteſt, cum ex locatoribus qui non poſſidet experiri interdicto aduerſus eum, qui poſſidet: nimirum quia vindicatio cùm in rem actio ſit, neceſſe eſt vt contra poſſeſſorem exerceatur: At Saluianum cùm ſit non modò directum, ſed etiam ſcriptum in perſonam, vt & alia ferè omnia ſi excipias interdictum Quod vi aut clam *l. 1. §. penult. D. de interd.* nil neceſſe eſt vt exerceatur cum poſſeſſore, imò nec poteſt ſi poſſeſſor ſit extraneus, id eſt, qui nihil de pignore pepigerit, ſed exercendum eſt cum colono, eodémque debitore ſiue poſſideat, ſiue non, cùm nihil aliud intendat is qui proponit interdictum, niſi vt poſſeſſionem adipiſcatur, id eſt adipiſci eam non prohibeatur, quod æquè commodè imò commodiùs exequi & aſſequi poteſt aduerſus colonum non poſſidentem, quàm aduerſus eum qui poſſidet, vt in præcedentibus diſſeruimus. Porrò alius locator quem ponimus poſſidere, cùm videt interdictum ad hoc exerceri, vt poſſeſſionem quam ipſe habet, alter nanciſcatur, poteſt debétque ſe offerre liti vt Saluiani vim & poteſtatem impediat, incipiátque ex prætoris imperio poſſidere quod antea ſuo iure ac propria authoritate poſſidebat. Nam & in vindicatione ſiue ſpeciali, ſiue vniuerſali, hoc eſt in petitione hereditatis, idem accidit vt etiamſi iudicium contra alium exerceatur, poſſit tamen liti ſe offerre & interuenire iuſtiſſimè quiſquis poſſeſſor eſt, adeò vt audiendus quoque ſit licèt tandem condemnandus qui ſe mentitus eſt poſſeſſorem vt actori & ius dicenti illuderet *l. ſi qui ſe obtulit 25. D. de rei vindic. l. qui ſe liti 46. D. de petit. hered. l. 4. D. de re iudic.* Tum demùm verò dicitur, & incipit interdictum Saluianum inter ipſos locatores reddi; non cùm interdictum petit is qui prior agit, cùm ex eo agere nō poſſit vt dixi aduerſus alium locatorem, ſed tantùm aduerſus conductorem: At cùm alius locator qui iam poſſidet inducit ipſe Saluianum non agendo aut excipiendo, ſed contradicendo Ex eo namque tempore incipit lis tractari inter locatores & diſputari vter ex Saluiano vincere debeat, perinde acſi eo interdicto inuicem experirentur, ita vt in eo vterque actor, & vterque reus eſſet. Eſt igitur ad ſententiam noſtram explicandam accommodatius aliud exemplum quod attulimus de quereſa inofficioſi teſtamenti *ex d. l. Papinianus 8. §. ſi plius D. de inoffic. teſtam.* Ex his autem apparet Saluianum quod inter locatores ipſos redditur non aliud eſſe poſſe quàm directum: Cùm ex parte illius qui prior agit non detur, niſi aduerſus cōductorem: Ex parte verò alterius, qui contradicit, non detur per viam, vt loquuntur, actionis & interdicti, ſed contradictionis, quæ res naturam & ſubſtantiam propoſiti interdicti mutare non poteſt. Cui conſequens eſt vt ex hoc ipſo quod dicimus poſſe interdictum hoc inter locatores ipſos reddi, nemo poſſit inferre quod interpretes omnes inferunt, Dari ergo etiam contra extraneum: eſſet enim vtile vel fatentibus ipſis interpretibus, ſi contra eum quaſi contra extraneum daretur. Cæterùm quoties

interdictum

Digitized by Google

interdictum hoc inter locatores ipſos redditur, quorum vtrique inſolidum res coloni fuerint obligatæ, poſſeſſor ſemper vincit *d. l. 1. §. 1. & d. l. vlt. D. de Saluian. interd.* An quòd in Saluiano interdicto agatur de ſola poſſeſſione, poſſeſſionis autem par cauſa ſit in vtroque locatore, ac proinde melior debeat eſſe condicio poſſidentis? Ita putat Cuiacius, *dict. cap. 4. lib. 5 Obſeruat.* Sed meo iudicio, parum rectè. Idem enim de actione Seruiana ſcriptum eſt ab Vlpiano, *in l. ſi debitor 10. D. de pignor.* vbi poſteaquàm ſcripſit, ſi debitor res ſuas duobus ſimul pignori obligauerit, ita vt vtrique in ſolidum obligatæ eſſent ſingulos in ſolidum aduerſus extraneum Seruiana actione vti debere, ſubiicit *Inter ipſos autem ſi quæſtio moueatur poſſidentis meliorem eſſe conditionem.* Huiúſque ſententiæ rationem illam ſubiicit, quòd danda ſit poſſidenti exceptio *ſi non conuenit, vt eadem res mihi quoque pignori eſſet,* vt intelligamus licèt in Seruiana non de poſſeſsione vt in Saluiano, ſed de iure pignoris controuertatur, non eo minùs tamen vincere poſſeſſorem debere, cùm vtriuſq; locatoris par cauſæ ſit etiam in iure pignoris. Ponimus enim eaſdem res coloni vtrique locatori ſimul & in ſolidum fuiſſe obligatas, vt proinde nulla ratio ſit propter quam alius poſsit & debeat vincere quàm qui poſsidet, tanquam qui hoc vno ſit ſuperior, cùm cætera omnia ſint paria.

ERROR SECVNDVS.

De Seruiana inter plures locatores danda.

EST igitur hac parte eadem prorſus ratio Seruianæ actionis, & Saluiani interdicti, niſi quod cùm Seruiana exercetur inter locatores ipſos qui ſinguli habent res conductoris in ſolidum obligatas, & quorum alter eas iam poſsidet, alter non poſsidet, neceſſaria eſt poſsidenti exceptio vt poſsit vincere, quæ non eſt neceſſaria cùm proponitur Saluianum, nempe quoniam Seruiana hoc caſu locatori datur contra locatorem poſsidentem, perinde ac contra quemlibet alium poſſeſſorem, cùm ſit in rem actio, quiſquis autem conuenitur ab eo qui fundatam probatámque habet ſuam intentionem, eum neceſſe omninò eſt ſuccumbere ſi non aliqua exceptione adiuuetur, at Saluianum, quia in perſonam eſt & ex pacto, non poteſt dari locatori contra locatorem ſed tantùm aduerſus conductorem eundémve debitorem, nec priùs dicitur reddi inter ipſos interdictum quàm inducatur per contradictionem poſſidentis: quæ contradictio actorem magis eum conſtituit, quàm reum; proindéque nullo exceptionis auxilio indiget, vt eum qui iam poſſeſſor eſt, efficiat victorem. Denique locator qui poſsidet vincit in Saluiano locatorem non poſsidentem per ſolam contradictionem, neque tam quòd vincat, quàm quòd nec victoria vlla egeat ad poſſeſsionem retinendam quam iam habet, ſatiſque ei ſit quod non poſsit vinci ab eo cui contradicit, & à quo per Saluianum conueniri, licèt poſsideat, nullomodo poteſt. Nam tametſi nec ipſe poſsideret, tamen impediret ne Saluianum habere alius locator poſſet, quippe quod pluribus locatoribus competere nequit, ne quidem contra colonum ipſum, ne alioqui videretur prætor id agere vt ſingulos faceret eiuſdem rei in ſolidum poſſeſſores, quod fieri nullomodo poteſt, vt iam ſæpe diximus. In Seruiana verò vincit qui poſsidet, non defectu iuris in perſona agentis,

Digitized by Google

ſed beneficio exceptionis quam habet proprio iure:& ideò vincere illum neceſſe eſt ne vincatur,quia ſi non vinceret ipſe haud dubiè vinceretur:& quãuis nec ipſe poſſideret,nihilominùs tamen Seruianam habere poſſet ſuo iure alius locator non poſſidens,neque tantùm aduerſus conductorem,ſed etiam aduerſus alium poſſeſſorem quemlibet: Nec ſe inuicem impedirent, quomodo ſe impediunt in Saluiano,quoniam Seruiana non ſicut Saluianum datur ad poſſeſſionem adipiſcendam,adeóque nec ad auocandam ſua vi & poteſtate,ſed ad hoc vt ni poſſeſſio reſtituatur arbitrio iudicis, cõdemnatio fiat ex bono & æquo in id omne quod intereſt locatoris. Itaque per Seruianam auocatur quidem poſſeſſio non quæ fuit debitoris, ſed quæ eſt penes detentorem, et non tam vi & poteſtate actionis quàm iuſſu & arbitrio iudicis, ac metu condemnationis. Iudex porrò nunquam arbitrabitur ſingulis reſtitui poſſeſſionem in ſolidum, cùm ſciat & ſcire debeat fieri per rerum naturam id nullomodo poſſe.Itaque nulla eſt,vt ita dicam,incompatibilitas in danda vtrique locatori & vnicuique ipſorum Seruiana in ſolidum aduerſus quemlibet poſſeſſorem,cùm & arbitrium iudicis, & condemnatio petita diuiſionem recipere poſsit,quam Saluianum recipere non poteſt,vnoquoque locatore id agente per hoc interdictum vt rei quam habet in ſolidum obligatam aut de qua in ſolidum obliganda pactus eſt, poſſeſsionem quoq; in ſolidum nanciſcatur, ei tamen quod nos dicimus,Seruianæ actionis & Saluiani interdicti ſimilem in eo eſſe rationem, quod ſiue Seruiana inter ipſos moueatur, ſiue interdictum reddatur,melior condicio eſt poſſeſſoris,obſtare valdè creditur,quod ſcriptum eſt *in d.l.vlt.D.de Saluian.interd.* In Saluiano interdicto ſi in fundum communem duorum pignora ſint ab aliquo inuecta, poſſeſſorẽ vincere,& ideò deſcendendum eis eſſe ad Seruianum iudicium.Iam ergo de illius legis ſententia videamus, quæ ſanè perobſcura eſt, nec magis à viro doctiſsimo Iacobo Cuiacio,quàm ab Accurſio, Bartolo aliíſque veteribus interpretibus bene percepta.

ERROR TERTIVS.

De varijs interpretationibus l.vlt.D. de Saluian.interd.

FECIT legem hanc interpretibus difficilem id ferè vnum, quod ſic concepta eſt, quaſi Vlpianus differentiam conſtituat inter Seruianam actionem & Saluianum interdictum in ſpecie illa, quam tractat de rebus coloni illatis iure pignoris in fundum communem duorum: Ait enim primùm potiorem fore poſſeſſorem in Saluiano quod inter locatores ipſos reddatur: mox ſubiicit quaſi in quandam conſequentiam,eſſe iis decurrendum, & vt ille loquitur,deſcendendum ad Seruianum iudicium. Quorſum enim ita ſcriberet, ſi non aliud in Seruiano iudicio quàm in Saluiano interdicto ſeruaretur, vt vincere omnimodo deberet is qui poſsideret?Et tamen in Seruiana quoque idem iuris eſſe vt poſſeſſor vincere debeat tam apertè ſcriptum eſt ab eodẽ Vlpiano *in l.ſi debitor* 10.*D.de pignor.* vt nihil potuerit ſcribi apertius. Quare nec Accurſius,nec Bartolus aliíve antiqui interpretes dubitant, quin eadem ratio conſtituenda ſit actionis,Seruianæ,& Saluiani interdicti, vt melior eſſe debeat condicio occupantis:ac quoniam negare non poſſunt, quin differentiam aliquam præ ſe ferant verba Vlpiani in *d.l. vlt.* ſic eam explicãt, vt actio Seruiana quæ inter locatores ipſos competit, directa ſit non vtilis,

Saluia-

Digitized by Google

Saluianum autem è contrario vtile non directum. In quo apertè vim faciunt non tantùm rationi iuris quæ facit vt interdictum hoc directum cenſeri debeat non vtile, quemadmodum oſtendimus in præcedentibus, ſed etiam Vlpiano quem apertiſsimum eſt *in d. l. vlt.* differentiam in eo vno conſtituere, vt in Saluiano interdicto quod inter locatores ipſos redditur, poſſeſſor vincat, in Seruiana verò, non item. Idque nec Cuiacius ipſe negat qui *lib.* 5. *Obſer. cap.* 24. vt nouam eius loci interpretationem adferat, ait coniungendam eſſe *dictam l. vlt. cum fine d. l. ſi debitor*, in eámque rem emendat primùm inſcriptionem *d. l. vlt.* quaſi ſumpta ſit ex eodem Vlpiani libro, ex quo & *d. l. ſi debitor*, id eſt ex ſeptuageſimo tertio ad edictum: Deinde reſtringit ſententiam *d. l. vlt.* ad eum caſum qui proponitur in vltimo reſponſo, *d. l. ſi debitor*, cùm res coloni pignoris iure illatæ ſunt in fundum communem plurium, ſed ita vt non ſingulis in ſolidum, at vtrique pro partibus eſſent obligatæ. Quo caſu vult Cuiacius & Saluianum interdictum poſſe inter ipſos reddi & in eo vincere poſſeſſorem debere: quoniam, inquit vir doctiſsimus, in hoc interdicto de ſola poſſeſsione quæritur, non de iure pignoris, Poſſeſsionis autem par cauſa eſt in vtroque. Poſſeſſorem igitur vincere neceſſe eſt: at ſi Seruiana proponatur aliud erit, quia cùm in ea non tam de poſſeſsione quàm de iure pignoris diſputetur, par autem & æquale ius habeat vterque locator in rebus coloni, conſequens eſt vt vterque debeat obtinere ad dimidiam partem poſseſsionis adprehendendam, quomodo ſcriptum eſt *in fine d. l. ſi debitor*, & *in l.* 1. *§.* 1. *in fin. de Saluian. interd.* Ego verò ſatis mirari non poſſum tanti viri quam ille aliis interpretibus obiicit, ἀμηχανίαν. Nam vt omittam leuem eſſe aut nullam potiùs coniecturam quam ille ſibi fingit vt emendet inſcriptionem *d. l. vlt.* contra exemplaris Florentini fidem, illud primùm falſum eſt quod ſupponit ipſe pro vero, Reddi poſſe interdictum Saluianũ inter ipſos locatores, qui res communis coloni habeant pro partibus tantùm obligatas, quia cùm locator locatori extraneus ſit, vt & alius quilibet qui nihil conuenerit de pignore, id eſt extra conductorem, eundémque debitorem, fatendũ eſt ex iis quæ ſuprà diſputauimus locatorem à locatore, ſiue poſsidentem per huiuſmodi interdictum conueniri non poſſe: multóque minùs dici poteſt quod præcedente capite probauimus, eo ex locatoribus qui non poſsidet exercente Saluianum aduerſus conductorem, induci Saluianum inter ipſos per contradictionem alterius locatoris, quo demum caſu poſſeſſor vincit. Id enim tùm euenit, cùm is qui poſsidet ius habet retinendæ poſſeſsionis totius rei obligatę, quã ſimiliter totã adipiſci velit is qui nõ poſsidet: quod porrò nõ aliter cõtingit, quã ſi ponas cõueniſſe vt res coloni ſingulis locatorib. eſſent in ſolidũ obligatæ. Nã quemadmodũ ius Saluiani ex pacto pignoris proficiſcitur, *§. interdictũ autẽ Inſt. de interd.* ita fieri nõ poteſt vt vel pro aliis reb. cõpetat quã de quib. obligãdis cõuenit, vel pro maiore parte rerũ coloni, quàm pro qua obligatæ fuerũt. Alioqui latiùs pateret effectus quàm ſua cauſa, nec dici poſſet quo iure ſupra eã partẽ, de qua obliganda cõueniſſet, Saluianũ ꝓponeretur. Ergo cùm illatis reb. coloni iure pignoris in fundum communem plurium, ita vt ſingulis non niſi pro partibus obligatæ eſſent, verum ſit dicere partem duntaxat earum rerum omnium vnicuique ex locatoribus obligatam eſſe, nec ius vllum pignoris vni locatori acquiſitum eſſe in ea parte quæ alteri eſt obligata, nulla prorſus ratio eſt cur prohiberi debeat is qui non poſſidet quominùs Saluiano vtatur aduerſus conductorem etiamſi

Digitized by Google

alius locator qui eas res in ſolidum poſſidet, contradicere velit, nec rurſus vt audiendus ſit is qui totas res poſſidet, ſi prætextu pignoris in parte tantùm conſtituti vniuerſam poſſeſſionem velit ſibi in ſolidum retinere. Neque eſt quod quis dicat cum Cuiacio debere ideò poſſeſſorem etiam hoc caſu vincere, in Saluiano, quòd in eo interdicto non quæratur niſi de poſſeſſione. Etſi enim verum illud eſt, non tamen de poſſeſſione qualibet ac ſimpliciter quæritur, ſed de poſſeſſione rei pignoratæ aut de qua pignoranda conuenit. Ergo non niſi quatenus fuit oppignorata, & pro illa duntaxat parte non in ſolidum ſi non in ſolidum fuerit obligata. Ac proinde ſicut ille ex locatoribus qui non poſſidet non habet Saluianum niſi pro dimidia parte rerum coloni, quam dimidiam ſolam habet obligatam, ita fieri nequit vt pro ea parte vincatur ab alio locatore etiam qui totas res de quibus agitur in ſolidum poſſideat, quoniam alius ille locator, quem ponimus in ſolidum & ſolum poſſidere, nullum habet ius eas res retinendi prætextu pignoris pro ea parte pro qua non habet illas obligatas, & quemadmodum non poſſet pro illa parte ſi non poſſideret Saluianum exercere ne quidem aduerſus conductorem, non magis quàm prætextu alterius partis ſibi obligatæ contendere aliam quoque partem illam ſibi eſſe obligatam, ſic neque permittendum illi eſt vt Saluianum exercenti locatori contradicat, quoniam ita fieret vt per eiuſmodi contradictionem induceret Saluianum, quaſi plus iuris habens contra locatorem illum non obligatum, quàm habiturus eſſet contra ipſum conductorem eundémque debitorem, qui ſi ipſe ageret ad auferendam locatori ſuo poſſidenti, partis illius non obligatæ poſſeſſionem, vtique deberet vincere & vinceret propoſita vindicatione, adeò vt nec illud ei obſtaret, quod etiam ob chirographariam pecuniam pignus retineri poſſe, conſtat *l. 1. C. etiam ob chirogr. pecun. pign. retin. poſſ.* Neque enim vllum pignus eſt pro ea parte quæ locatori iſti poſſidenti numquam obligata fuit. Pignus autem neceſſe eſt conſtitutum eſſe in ea re quam quis ſiue ob chirographariam, ſiue ob aliam pecuniam retinere velit. Proinde fieri nequit vt poſſeſſor hic alium locatorem nō poſſidentem vincat tanquam poſſeſſor, non magis quàm quaſi pignoratitius creditor, cùm pro parte non obligata pignus nullum habeat tametſi habeat poſſeſſionem. Duplex igitur in hac re Cuiacij error eſt, Vnus, quod putat Saluianum reddi poſſe inter plures locatores quibus non fuerint res coloni obligatæ niſi pro partibus. Alter quod vult in eo Saluiano vincere illum qui ſolidum poſſidet, quamuis non conueniatur per Saluianum niſi pro ea parte quæ non ipſi ſed alteri ſoli locatori, qui nihil poſſidet, fuerit obligata: ſic enim loquendum eſt cum Cuiacio cæteríſque interpretibus qui putant eo caſu quo interdictum Saluianum inter locatores ipſos redditur, poſſidentem conueniri à non poſſidente tanquam alium quemlibet poſſeſſorem, vtili ſcilicet interdicto, quod æquè falſum eſſe iam oſtendimus in ſuperioribus. In ſumma hoc contendo, locatorem hunc quem vult Cuiacius poſſe conueniri Saluiano à locatore alio non poſſidente, non magis poſſe vincere pro ea rerum obligatarum parte quæ obligata ei non eſt, quàm ſi eam non poſſideret, ſed vinci omnimodo debere ſicut alius quilibet poſſeſſor iniuſtus conuẽtus ex ſuppoſito interpretũ errore per vtile Saluianum, vinceretur: cùm locator hic etiamſi pignus habeat in dimidia parte rerum obligatarum, in alia tamẽ in qua pignus nullum habet, extranei cuiuſlibet poſſeſſoris iure cenſeatur: quẽ porrò vtiq; nemo dixerit ob id ſolũ

vincere

Digitized by Google

vincere debere quod poſſideat : cùm nemo vincat hoc ipſo quod poſſidet niſi quando cætera ſunt paria *l.2.ff.vti poſſidet.l.vlt.ff.de acquir.poſſ.* Non poſſunt autem videri paria quoties is qui poſſidet rem in qua nullum pignoris ius habet,conuenitur ab eo,qui in eadem re vel dominij vel pignoris ius habeat,alioqui numquam obtineret is qui vel directam rei vindicationem iure domini,vel vtilem Seruianam & hypothecariam iure creditoris pignoratitij exerceret, cùm vtraque actio iſta ſupponat poſſeſſionem ex parte illius, qui conuenitur.

ERROR QVARTVS.

De pluribus locatoribus habentibus obligatas res coloni pro partibus, ſed ab altero tantùm poſſeſſas.

IN eóque rurſum alius & intolerabilis error eſt eiuſdem viri doctiſſimi,exiſtimantis in ea ſpecie quam tractat de pluribus locatoribus quibus res coloni obligatæ ſint pro partibus, & quas tamen vnus ex ipſis ſolus & in ſolidum poſſideat parem vtriuſque cauſam eſſe , non alio vtique colore , quàm quia verum ſit æquo iure & pro æquis partibus res coloni fuiſſe vtrique obligatas. Nam imò verò prorſus diſpar cauſa eſt in ea ſcilicet parte quam ponimus non fuiſſe poſſidenti obligatam,cùm alij qui non poſſidet agítque Saluiano fuerit obligata. Fateor parem eſſe vtriuſque locatoris cauſam in tota re oppignerata , id eſt , ſi partem cum parte conferas , quoniam vterque habet obligatam partem dimidiam, ſed ſi partes ſingulas ſeparatim accipias,quomodo ſunt neceſſariò accipiendæ cùm quærimus,an is qui partem dimidiam quam obligatam habet perſequitur Saluiano contra eum qui poſſidet in ſolidum , debeat pro illa parte vincere an vinci, non poteſt par eſſe cauſa illius qui eam partem dicit, probátque ſibi obligatam eſſe, & alterius qui nullum in eadem parte ius pignoris prætendit,ſed in alia tantùm de qua non diſputat qui Saluianum exercet. Cur ergo debeat vincere is qui ſolidum poſſidet ob hoc ſolùm quod poſſideat? Nam etſi poneres conueniri eum Saluiana pro alia parte, quam & obligatam haberet & poſſideret, equidem vinceret, at non tanquam poſſeſſor,ſed tanquam creditor pignoratitius, nec tam potior , quàm ſolus in ea parte , quæ nullomodo ſit actori obligata & pro qua ideò certum eſt Saluianum competere non poſſe, ne quidem, vt dixi, contra ipſum conductorem. Atque ita eſſe , nec aliud Iuliano , quàm nobis viſum fuiſſe , apparet non obſcurè , ni fallor , ex eo quod ille *in dicta leg. 1. §. 1. eod. titul. de Saluiano interd.* poſtquàm proſecutus eſt eam ſpeciem in qua res coloni in fundum communem plurium illatæ ſint,ita vt vtrique & vnicuique ipſorum in ſolidum eſſent obligatæ , dixítque ſingulos illos aduerſus extraneum quidem Seruiana actione non interdicto rectè experiri , inter ipſos verò interdictum reddi poſſe in quo meliorem poſſidentis condicionem eſſe oporteat. Subiungit tanquam planè diuerſam,diuerſóque iure cenſendam aliam ſpeciem quam nunc tractamus,ſi inter colonum & locatores conuenerit,vt ſingulis locatoribus obligatæ eſſent res coloni pro partibus tantùm , vtilem actionem locatoribus & aduerſus extraneum & inter ipſos dandam eſſe per

Digitized by Google

quam fiat vt dimidiam partem poſſeſſionis ſinguli adprehendant. Quid enim hoc aliud eſſe obſecro, quàm quod nos volumus, non poſſe in hoc caſu competere Seruianam quam competere Iuliano dixerat contra extraneum in priore caſu prioris ſpeciei, neque Saluianum quod in eadem priore ſpecie idem Iulianus dixerat inter locatores ipſos dandam eſſe, ſed tantùm vtilem Seruianam & hypothecariam quam ſanè ſanus nemo eligeret eo caſu quo poſſet habere Saluianum, de quo non dubitatur quin vſum habeat & commodiorem & expeditiorem quoties ille qui eo experitur, poteſt vincere: quod omnium manifeſtiſſimè indicat Vlpianus *in d.l.vltim.eod.* cùm ait ideò deſcendendum eſſe ad Seruianum iudicium, vt qui non poſſidet poſſit vincere qui haud dubiè in Saluiano vinceretur, vt intelligamus non niſi vrgente neceſſitate decurrendum eſſe ad Seruianam, & eo demùm caſu quo vel nullomodo, vel non ſatis commodè poſſit locus eſſe interdicto, vt de directa rei vindicatione ſcriptum eſt *in l. is qui deſtinauit* 24. *D. de rei vindicat. §. commodum Inſtit. de interd.* Et idcircò nimirùm dicitur deſcendere & progredi is qui ad Seruianum iudicium decurrit, quoniam primus gradus eſt primúmque conſilium Saluiani ſi fieri poſſit, proponendi: & à Seruiana ad Saluianum venire non progredi, ſed regredi eſſet, nec decurrere, ſed recurrere, nec deſcendere quod facilius eſt, ſed aſcendere, quod difficilius & laborioſius.

ERROR QVINTVS.

Cur non competat, directa Seruiana cùm conuenit vt res coloni pluribus obligatæ ſint pro partibus.

CVR verò non competit directa Seruiana, cùm conuenit vt res coloni pluribus locatoribus obligatæ eſſent non in ſolidum ſed pro partibus? an non perinde verum eſt partem earum dimidiam obligatam eſſe, ei verò qui obligatas habet res coloni directam competere Seruianam *§. item Seruiana Inſt. de action.* Reſpondeo ius hoc ex eo proficiſci, quod is qui agit Seruiana, contendit rem in quam agit eſſe ſibi obligatam, verum autem non eſt dicere totam rem eſſe obligatam quæ non niſi pro parte obligata eſt, pro parte, inquam, indiuiſa. Nam ſi poneres partes eſſe diuiſas tot viderentur eſſe fundi, quot eſſent portiones, cùm fundus ſit ex earum rerum numero, quæ habent partes homogeneas, quia quælibet pars fundi eſt fundus, & ideò nihil prohiberet in vtrâque partem dari Seruianam directam *l.3.§.vlt.D.qui potior.in pignor.hab.* At cùm partes ſunt indiuiſæ nulla corporis pars eſt ita obligata vni, vt non ſit verum dicere alteri quoque obligatam eam eſſe *l.illud* 46. *D.de rit.nupt. l.ſerui electione* 5.*§.1.& vlt.de leg.1.* ídque vi & poteſtate ipſius pacti quod vnam duntaxat rei partem indiuiſam afficiendo, aliam hoc ipſo ab obligatione eximit. Hoc enim addendum eſt vt ei ſatisfaciamus qui fortaſſe nobis obiecturus eſſet: tum quoque cùm conuenit de rebus coloni pluribus locatoribus ſimul & in ſolidum vnicuique ipſorum obligandis, verum eſſe dicere non ita res illas vni in ſolidū obligatas quin obligatæ eſſent etiam alteri & quidem in ſolidum, nec eo minùs tamen ſingu-

ſingulis competere directam Seruianam *l. ſi debitor* 10. *D. de pignor.* Sed ſunt iſta diſſimilia. Hoc enim caſu nihil eſt quod Seruianam impediat quominùs exerceri poſſit ab eo qui verè poteſt dicere res in quas agit obligatas ſibi eſſe in ſolidum ex propria conuentione, quamuis æquè verum ſit eaſdem illas eſſe alteri quoque obligatas, & quidem perinde in ſolidum, vt *in d. l. illud*, nempe quoniam id fit non eiuſdem pacti poteſtate, ſed alterius locatoris qui propria etiam conuentione ſibi proſpexit. Ex quo fieri neceſſe eſt vt ſicuti concurrunt in iure pignoris, ita etiam concurrant in iure proponendæ actionis Seruianæ ſi ambo & ſinguli agere Seruiana velint contra extraneum: Itémque vt ſi inter ſe & inuicem agant poſſeſſor vincere debeat non defectu iuris ex parte agentis, ſed vi exceptionis oppoſitæ ex parte poſſeſſoris *d. l. ſi debitor*. At vbi conuenit vt res coloni obligatæ eſſent pluribus quidem locatoribus, ſed ſingulis non niſi pro partibus, pactum ipſum eſt quod facit ne poſſit res dici obligata eſſe vnicuique ipſorum in ſolidum ac proinde impedit ne Seruiana exerceri poſſit, ſiquidem pars quæ obligata eſt, hoc ipſo quod indiuiſa eſt etiam eſt incerta, quia demonſtrari certò non poteſt, tametſi placeat poſſe illam poſſideri, tanquam quæ certa ſit & quod ad quotam portionem, & quod ad rem ipſam cuius quota portio eſt, ſed non quantum ad demonſtrandam oculis partem vllam rei quæ ita ſit obligata vt non etiam aliquid in ea ſit quod non ſit obligatum *d. l. 3. §. poſt diuiſionem D. qui potior. in pign. hab.* Nec quæ ita ſit pars vna vt non ſit etiam altera *l. locus certus* 26. *D. de acquir. poſſ.* quæ tamen lex de fundo & re immobili loquitur, cuius alia ratio ſanè eſt quàm rei mobilis: Res enim mobiles non ſolùm indiuiſæ ſunt, ſed etiam vt plurimùm indiuiſibiles, & eiuſmodi vt earum pars nullam vtilitatem adferre poſſit, propter quam cauſam ſolent diuidi numero tantùm & quantitate: quod in rebus immobilibus ſecus eſt: Atqui Seruiana non niſi de mobilibus coloni rebus competit quæ in fundum locatum illatæ ſint pignoris iure & quæ pignoris iure teneantur *§. item Seruiana Inſt. de action.* ac de quibus pro conductionis mercede obligandis expreſſim conuenerit. Tantò minùs ergo fieri poteſt vt Seruiana competat pro ea re mobili quæ pluribus locatoribus, non niſi pro partibus obligata eſſe proponatur, quia neuter ex locatoribus poteſt abſolutè dicere rem illam ſibi pignoris iure teneri quin pro parte mentiatur: nec fieri poteſt vt pareatur arbitrio iudicis iubentis rem mobilem quæ pro parte tantùm obligata ſit pro parte reſtitui, quia tale præceptum impoſſibile eſſet cùm rei mobilis reſtitutio pro parte fieri non poſſit, & tamen eiuſmodi iuſſum præcedere oporteret ex natura cuiuſlibet actionis arbitrariæ qualis eſt Seruiana, vt ſequi poſſet condemnatio *§. præterea Inſt. de action.*

ERROR SEXTVS.

De vera ſententia d. l. vlt. & l. 1. §. vlt. de Saluian. interd.

SVPEREST vt quæ noſtra coniectura ſit de ſententia *dict. l. vlt. de Saluian. interdict.* ſubiiciamus. Id verò vt breuiter expediamus, Dicimus poſſe duobus modis contingere vt res coloni pluribus locatoribus obligatæ ſint in ſolidum, Vno ita

vt ſimul, id eſt, vna eadémque conuentione colonus cum vtroque locatore conuenerit de pignore, qui caſus eſt, quem tractat Vlpianus *in d. l. ſi debitor 10. D. de pignor.* itémque Iulianus *in d. l. 1. §. 1. de Saluian. interdict.* Altero ita vt ea duplex obligatio per duplicem conuentionem contrahatur, Pacto ſcilicet de obligandis rebus coloni ſeparatim adhibito ita vt verum ſit dicere res illas coloni vtrique quidem locatori obligatas fuiſſe in ſolidum, ſed vni priùs quàm alteri: quod euenire neceſſe eſt quoties non ſimul fuerunt vtrique locatori obligatæ. Et hic nimirum caſus eſt de quo intelligi volo Vlpianum *in dict. l. vlt.* vbi tractat quidem de rebus coloni illatis in fundum communem plurium, & quidem iure pignoris, id eſt de quibus obligandis expreſſim conuenerit, hoc enim neceſſarium eſt non minùs vt Seruiana actio quàm vt Saluianum interdictum competat: ſed non ponit conueniſſe vtrumque locatorem ſimul de pignore, quod nec fieri neceſſe eſt. In eóque aperta differentia eſt inter pignus expreſſum pro quo Seruiana competit de rebus coloni in fundum & prædium ruſticum illatis, & pignus tacitum quod ſola illatione rerum inquilini in prædium vrbanum inuectarum contrahitur. Nam ſi res inquilini ſint illatæ in prædium vrbanum quod ſit commune plurium, fieri non poteſt vt non ſint ſimul & eodem tempore obligatæ, cùm obligentur per ſolam illationem, quæ porrò ſicut vnica eſt, ita temporum diſtinctionem ex locatorum diuerſitate recipere nullam poteſt. At è contrario cùm obligantur per pactum expreſſum, poteſt duplex pactum intercedere, ſolétque vt plurimùm ita euenire, & conſequenter alterum altero anterius eſſe neceſſe eſt, ac proinde alterum ex locatoribus altero potiorem ex vulgari iuris regula quæ vult in pignoribus eum qui ſit prior tempore, eſſe etiam potiorem iure. Ita fit vt ſi inter iſtos locatores Saluianum interdictum reddatur, quod vtique reddi poteſt cùm ſinguli habeant res coloni in ſolidum obligatas, vincere debeat is qui poſſidet, vt ſcribit Vlpianus *in d. l. vlt.* quia hoc caſu cætera ſunt paria, cùm vterque locator nitatur pacto expreſſo ex quo Saluianum naſcitur, nec quod alter altero anterior ſit facere poteſt vt ideò debeat vincere ſi non ſit poſſeſſor. Id enim ad ius pignoris tantùm pertinet, non ad cauſam poſſeſſionis de qua ſola quæritur in Saluiano interdicto. Sed ſi is qui tempore anterior eſt in pignore, quia prior interpoſuerit pactum de obligandis rebus coloni velit agere Seruiana, quod ſuo iure facere etiam poteſt cùm habeat res illas in ſolidum obligatas, vincet proculdubio licèt non poſſideat, quoniam in Seruiana non de poſſeſſione quæritur vt in interdicto, ſed de ſolo iure pignoris, in quo potior eſt non qui poſſeſſor, ſed qui prior inuenitur. Itaque vt vincat is qui non poſſidet, neceſſarium ei eſt auxilium actionis Seruianæ, is verò qui poſſidet nec Seruiana indiget, nec Saluiano, neque etiamſi velit aut actionem illam, aut interdictum hoc proponere poteſt, quia poſſidenti, neque hoc interdictum accommodari poteſt quod eſt adipiſcendæ poſſeſſionis; neque Seruiana per quam poſſeſſio quæ penes alium ſit, auocatur. Denique inter duos iſtos caſus Rerum coloni pluribus locatoribus ſimul & coniunctim, aut ſeparatim obligatarum, nihil intereſt quantum ad hoc vt locator qui non poſſidet poſſit aut actione Seruiana experiri contra poſſidentem, ſiue alius locator ille ſit, ſiue tertius poſſeſſor quilibet, aut interdicto aduerſus colonum ipſum, inducente tamen inter ipſos locatores Saluianum alio locatore per ſuam contradictionem tuendæ poſſeſſionis ſuæ gratia vt explicauimus in ſuperioribus.

Digitized by Google

ribus. Sed intereſt tantùm quod ad hoc vt agens Seruiana is, qui prior fuit in contrahendo pignore vincat alium locatorem quamuis poſſeſſorem, à quo haud dubiè vinceretur, non modò ſi Saluianum proponeret omni caſu, ſed etiam ſi Seruianam exerceret contra eum qui concurreret in tempore, ita vt non eſſet poſterior, licèt nec prior eſſet. quia non minùs in Seruiana, quàm in Saluiano verum eſt, quoties cætera ſunt paria, potiorem eſſe cauſam poſſeſſoris debere, cætera autem eſſe paria, cùm vtriuſque locatoris pignus eiuſdem temporis eſt, Nempe quod pertinet ad Seruianam. Quod enim ad Saluianum ſpectat, ſunt etiam cætera paria, tùm quoq; cùm vnius ex locatorib. pactum alterius pacto anterius fuit, vt iam diximus, dummodò vterq; habeat pro ſe conuentionem pignoris, quia ſolum pactum ſufficit ad inducendum Saluianum, nec tempus pacti ſpectatur tanquam quod nihil commune habeat cum iure & cauſa poſſeſſionis. Igitur in Saluiano hoc plus eſt quàm in Seruiana, quod nihil refert an res coloni fuerint obligatæ ſimul & coniunctim plurib. locatoribus, an ſeparatim. Omni ſiquidem caſu vincit locator ille qui poſſidet etiãſi tẽpore poſterior ſit in iure pignoris: Qui tamen nõ vinceret, ſed vinceretur, ſi Seruiano iudicio conueniretur. Et hoc vnũ in toto tractatu noſtro eſt quod Cuiacius benè verèque dixit, non ſemper in Seruiana vincere illũ qui vinceret in Saluiano. Excipiendus enim eſt ille caſus, & quidem vnicus, quo is qui ex locatoribus poſſeſſor eſt, ſit tamẽ in cauſa pignoris poſterior tempore. At non ille quẽ vir doctiſſimus cõminiſcitur, ſi pluribus locatoribus eadem res coloni non in ſolidum obligatæ ſint ſed pro partibus. Hoc enim caſu neque Seruiana competit, neque Saluianum, vt probauimus, ſed vtilis Seruiana & hypothecaria, tantùm abeſt vt verum eſſe poſſit quod vult Cuiacius, vincere hoc caſu debere in Saluiano eum qui poſſidet, in Seruiana verò eum qui tempore ſit prior. Neque enim fieri poteſt vt non ſemper & omni caſu vincatur ille qui nullo iure agit: quod euenit in eo qui aut Saluiano aut Seruiana actione experitur pro ea parte quam nullo modo habet obligatam. Adeò vt non tam malè quàm nihil agere dici poſſit, vt in *l. 1. in fin. D. quand. dies vſusfr. leg. ced.*

ERROR SEPTIMVS.

De poſtrema parte §. vlt. l. 1. D. de Saluian. interd.

SVPERIORIBVS coniungendum neceſſariò eſt, ne quid prætermittamus eorum omnium, quę ad hunc tractatum pertinet, quod ſcribit Iulianus *in d. l. 1. §. vlt. de Saluian. interd.* Idem ſeruari oportere ſi colonus rem quam cum alio communem habebat, pignoris nomine induxerit, ſcilicet, inquit, vt pro parte dimidia perſecutio pignoris detur: nempe non per Seruianam nec per Saluianum, ſed per vtilem actionem, id eſt per quaſi Seruianam & hypothecariam, vt & in ſpecie præcedente. Nihil enim prorſus intereſt an res communis plurium inducatur ab vno tantùm colono in fundum vnius locatoris, An verò res vnius coloni inferatur in fundum communem plurium, non ſubiecta conuentione vt ſingulis dominis in ſolidum eſſet obligata, ſed vt non niſi pro partibus. Vtroque enim caſu pignus non contrahitur niſi pro parte, eáque indiuiſa, vno quidẽ caſu quia ſocius ſocij partem obligare non potuit

Digitized by Google

l.3 §.vlt.qui potior.in pign.hab. Altero autem quia non id actum eſt vt tota res vni ex locatoribus obligaretur. Et conſequenter eadem iuris ratio facit, vt neque Saluianum niſi aduerſus conductorem, neque Seruiana ſiue contra extraneum, ſiue inter locatores ipſos poſſit competere vni ex locatoribus,ſed neceſſariò confugiendum ei ſit ad quaſi Seruianam & hypothecariam: quæ duo quidem ſunt nomina, ſed vnius eiuſdémque actionis licèt contrà ſcripſerit Accurſius *ad d. l.vlt.* ex aliorum tamen quorundam quos refert potiùs quàm ex ſui ſententia,malè in eo emendatus à Bartolo quaſi error ſcripturæ is fuerit potiùs quàm doctrinæ, cùm tamen appareat relatos nec nominatos ab Accurſio interpretes non aliter ſe à propoſita difficultate euoluere potuiſſe quàm ſeparando non ſolùm Seruianam à quaſi Seruiana,ſed etiam quaſi Seruianam ab hypothecaria, quod apertè ſtultum eſt, pugnátque diſertè cum *d. §. item Seruiana Inſt.de action.* aliiſque innumeris iuris locis.

ERROR OCTAVVS.

De vtili Saluiano in ſpecie l.1.in princip.D.de Saluian.interd.

NON alius in toto iure noſtro locus eſt in quo fiat mentio vtilis Saluiani interdicti, præterquàm *in l.1. in princip.D.ill.tit. de Saluian. interd.* vbi proponitur ex Iuliano ſpecies elegans de colono qui ancillam in fundum à ſe conductum duxerit pignoris nomine,tùm eam vendiderit non conſentiente ſcilicet locatore.Hoc enim neceſſariò ponendum eſt,ne alioqui fatendum ſit remiſſum eſſe pignus à locatore qui venditioni conſenſerit,quę res non minùs Saluianum interdictum, quàm Seruianam actionem impediret *l.1.C.de precar. & Saluian.interd.* Ait verò Iulianus quod apud ancillæ huius emptorem ex ancilla natum eſt eius adprehendendi gratia vtile interdictum reddi oportere. Hic verò ſtatim & ex abrupto interpretes omnes exclamant,& poſt omnes ſed altiùs quàm cæteri,Deus bone,quis credat?Iacobus Cuiacius,Viden,inquiunt,dari hoc interdictum etiam contra emptorem de partu apud ipſum emptorem edito ex vendita ancilla? Et quod magis eſt dici vtile hoc interdictum ne putes Iulianum pugnare cum Imperatore qui *in d.l.1.C.de precar.* diſertè affirmat non niſi contra conductorem debitorémve dari,ſcilicet directum.Subtilius verò,ſi diis placet,argumentatur Iacob. Menoch.*in remed.3.adipiſc.poſſeſſ.* non eſſe dubitandum quin de ancilla ipſa vendita multò magis idem ipſum ſenſerit Iulianus quod ſcripſit de partu ancillæ non vendito,ſed apud emptorem nato:eius nimirum adprehendendi gratia vtile quoque interdictum competere, cùm fieri nequeat vt minùs iuris habere debeat locator,idémque creditor in proponendo Saluiano pro ancilla vendita quæ expreſſim fuit oppignerata, quàm pro ancillæ partu de quo nihil expreſſè dictum fuerat in pignoris conuentione, quíque non aliam ob cauſam poſſit videri obligatus, quàm quòd matris condicionem ſequatur *l. 1. Codic. de part.pignor.* Addit Cuiacius *libr. 5. Obſeruat. capit. 24.* Sicuti non tantùm Seruiana actio aliqua eſt, ſed etiam quaſi Seruiana, quæ & vtilis Seruiana appellatur, ita & admitti oportere non tantùm Saluianum interdictum aliquod eſſe, ſed etiam quaſi Saluianum, id eſt vtile

tile illud cuius meminit Iulianus *in d. l. 1. in princip.* Ego verò tametſi nolim negare quod Iulianus tam apertè ſcribit, & certè veriſſimum eſt, aliquod eſſe vtile Saluianum quod ita dici poſſit & debeat ad differentiam directi, nego tamen Iuliani ſententiam eam eſſe quam omnes interpretes ſibi fingunt, vt interdictum illud vtile poſſit contra emptorem exerceri ſiue in ſpecie *d. l. 1.* ſiue alio vllo caſu. Nec video quid cauſæ ſit, cur probandum habeam nihil tale ſenſiſſe Iulianum cùm in eius verbis nihil ſit quod hunc ſenſum præſeferat. Quid enim eſt quod ſcribit? Hoc vnum, videlicet, ne quid addamus vel detrahamus, *quod apud emptorem ex ancilla natum eſt, eius adprehendendi gratia vtile interdictum reddi oportere.* At nos qui non Iuliano ſed erroribus interpretum pugnam & bellum indicimus non de illo nunc diſputamus, de qua re interdictum Saluianum, ſiue directum, ſiue vtile dari oporteat, ſed tantùm, contra quem, an contra venditorem ancillæ eundémque conductorem & debitorem, quod nos adfirmamus, an verò etiam contra emptorem, quod interpretes volunt. Hoc autem eſt de quo Iulianus nihil ſcribit, nempe qui ſicut non dubitabat quin aduerſus conductorem tantummodo interdictum dari poſſet, ita neque putabat fore vt quiſquam eſſet tam ſtupidus qui reſponſo illo adeò eleganti deceptus probare vnquam ex eo vellet, emptorem ex interdicto illo vtili poſſe conueniri, ſunt enim ſemper ſupponendi, vt eſt in brocardico, termini habiles, nec vnquam faciendum eſt, vt in reſponſis maximè prudentum interpretandis fingamus, & præſupponamus quaſi in neceſſarium antecedens tale quid ab iis intellectum eſſe, quod etiam diſertè ſcriptum legeretur, an tamen verum eſſet, aut quomodo accipi oporteret, dubitari probabiliter poſſet. Nam, vt habet ſententia iuris pontificij, intellectus dictorum ex cauſis dicendorum ſumendus eſt, non contrà. Cùm igitur Iulianus de illo tantùm quærat, qua de re interdictum competat non contra quem detur, Quis ferat illationem iſtam interpretum, vt ex eo quod ſcriptum eſt de partu ancillæ oppigneratæ apud emptorem edito interdictum vtile reddi oportere, inferant, emptorem igitur vtili interdicto conueniri poſſe?

ERROR NONVS.

De ſententia & ratione d. l. 1. in princ. D. de Saluian. interd.

FEFELLIT interpretes, quod videre non potuerunt quis alius præter emptorem conueniri poſſit Saluiano de partu qui apud emptorem ipſum natus proponatur, illud verò longè difficilius eſt, quî fieri poſſit vt conductor, idémque debitor qui ancillam vendidit conueniatur pro partu poſt venditionem nato: quod tamen nos adfirmamus. Neque tamen faciliùs quicquam eſt, ſi propiùs intueare. Cùm enim ancilla vendebatur olim, occurrebat paſſim, vt propter vitium aliquod apparens quod antè latuerat, redhiberetur ex ædilitio ſcilicet edicto, cuius in eam rem præcipuus vſus erat. Id verò cùm eueniebat, etiam quod ex ancilla poſt venditionem, ac proinde apud emptorem natum erat, reddi oportebat, ſiue vnus tantùm partus eſſet, ſiue plures, vt ait Vlpianus *in leg. quòd ſi no-*

Digitized by Google

lit 31. *§. ſi ancilla. D. de ædilit. edict.* vbi additur, ſed etſi fortè vſusfructus proprietati adcreuerit indubitatè hunc quoque reſtituendum eſſe: ſed & peculium quod quæſit apud emptorem, ſi modò non ex re ipſius emptoris quæſitum ſit, ſed aliunde obuenerit. Quid enim aliud eſt redhibere quàm facere vt rurſus habeat venditor idipſum quod habuerit antea *leg. redhibere* 21. *eod.* id eſt eodem prorſus modo & iure quo nunc haberet ſi nunquam habere deſijſſet? Nam & ſolemus ideò dicere, Mancipio redhibito retroagi omnia, vt Paulus loquitur *in leg. quia redhibitio* 9. *D. de alien. iudic. mut. cauſ. fact.* vbi ex hoc infert, non videri alienare iudicij mutandi cauſa eum, qui redhibet, niſi propter hoc ipſum redhibeat non aliàs redhibiturus. Et ratio eſt quia redhibitio fit neceſſitate iuris ex parte venditoris, qui recuſare non poteſt quominùs rem recipiat ſi emptor redhibere velit, quamuis ex parte emptoris ſit voluntaria *l. bouem* 43. *§. ſi quis cùm conſilium D. de ædilit. edict.* in cuius fine obſerua legendum eſſe *venditum* non *venditor*. Nec contrarium eſt quod placet pignus manere obligatum etiamſi redhibitum fuerit mancipium, quod fuerat pignoratum: *d. l. bouem §. pignus.* Ita vt non deſinat Seruianæ locus eſſe niſi ex voluntate creditoris emptor redhibuerit rem quam emerat *l. ſi debitor* 4. *in princip.* D. *quib. mod. pign. vel hypoth. ſolu it.* Id enim rationem illam habet quam modò diximus quod ex parte emptoris redhibitio ſit voluntaria, cùm nemo cogat eum redhibere inuitum. In quo differt redhibitio quæ fit edicti poteſtate ab ea quæ fit ex neceſſitate pacti præcedentis concepti ſub condicione caſuali non poteſtatiua *l. 3. eod. tit. l. 4. alias l. ſi ex duobus §. ſed & Marcellus D. de in diem addict.* ne ſcilicet aliter poſito iure fieret iniuria venditori qui non aliter quàm certa illa dictáque lege fuerat venditurus. Cæterùm tùm quoque cùm redhibitio fit ex edicto Ædilium, licèt pignus maneat obligatum, quod ab emptore ante redhibitionem fuerat conſtitutum, illud tamen quoque verum eſt non aliter videri rectè factam redhibitionem quàm ſi pignore liberatum mancipium redhibeatur, quemadmodum & redimi illud neceſſe eſſet ſi alienatum fuiſſet, *d. §. pignus.* Id ſi non fiat, nihilominùs manet quidem pignus quod fuit, ſed tenetur emptor venditori, adeò vt non priùs ad redhibitionem admittatur, vnde illud etiam fit vt cùm redditur ab emptore mancipium venditori de dolo repromitti oporteat, ſitq́ue cautio neceſſaria ne fortè aut pignori datus ſit ſeruus ab emptore, aut iuſſu eius furtum ſiue damnum alicui datum ſit *d. l. redhibere §. 1 vt & in ſpecie l. ſi poſt acceptum* 18. *D. de rei vindic.* Enimuerò ſi pignus ab emptore conſtitutum in ancilla redhibita manet obligatum, Multò magis certum eſt manere pignus quod ab ipſo venditore in eadem ancilla conſtitutum fuerat, nec indigere vt per redhibitionem reſſuſcitetur, quod numquam euanuit, cùm alienatio, neque facta ſit, neque fieri potuerit niſi cum ſua cauſa *l. debitorem* 15. *& paſſ. C. de pignor. leg. vnic. C. rem alien. gerent. non interd. rer. ſuar. alien. l. alienatio.* 67. *D. de contr. empt.* Cùm igitur dubitari non poſſit quin ancilla redhibita quæ fuerat à venditore eodémque conductore oppignerata locatori ante venditionem, maneat ſemper eidem locatori obligata, illud omnino conſequens eſt, vt partus quoque apud emptorem ex ipſa editus, & cum matre redhibitus in eandem pignoris cauſam recidat, matríſque ſuæ condicionem ſequatur ex *dict. l. 1. C. de part. pignor.* Nec tantùm ſi ponas conceptum fuiſſe apud venditorem, vt

iidem

Digitized by Google

ijdem interpretes noſtri malè ponunt, ſed etiamſi apud emptorem, vt omnium apertiſſimè probat ſupradictus Vlpiani locus *in d. §. ſi ancilla*, in illis verbis *ſiue vnus partus eſſet ſiue plures*. Quomodo enim fieri poſſet vt plures partus editi eſſent apud emptorem, quin ſaltem poſtremus apud eundem conceptus fuiſſet? Plures ſiquidem partus cùm dicimus non plures liberos intelligimus, qui ſcilicet primo etiam partu edi poſſent, ſed multiplicitatem ſignificamus partuum diſtinctis temporibus & conceptorum, & editorum *l. Areſcuſa 16. D. de ſtat. homin.* de cuius ſententia & emendatione ſcripſimus *lib. 19. Coniect. capit. 1. 2. & 3.* Nec quod partus apud emptorem conceptus nunquam venditoris fuerit, ad rem facit. Nam vt mancipio in cauſam pignoris dato, etiam illa quæ ex eo nata ſunt eodem iure habeantur, ſufficit vt ad eum qui obligauit, aut ad heredem eius dominium ipſorum quandóque peruenerit *l. Paulus 29. §. 1. D. de pignor.* vbi proinde quod additur ſi tale mancipium apud emptorem pepererit, non fore partum obligatum, de eo partu accipiendum eſſe conſtat, qui ab emptore ad venditorem nunquam redierit per redhibitionem, ſed qui ex quo ſemel factus eſt emptoris, exinde ſemper eius manſerit, aut non niſi ex noua fortè cauſa, vtrimque prorſus voluntaria peruenerit ad venditorem. Illa ſiquidem retroactio quam per redhibitionem fieri diximus & per quam fiat vt ancilla redhibita perinde habenda ſit quod ad venditorem pertinet, acſi vendita nunquam fuiſſet, non ſimiliter locum habet cùm & redditur emptori ex cauſa nouæ conuentionis, quæ ſit omnino voluntaria *d. l. 3. in fin. D. quib. mod. pign. vel hypoth. ſolut.* De quo tamen plura ſequenti capite dicenda erunt. Vnum illud interpretationi noſtræ obſtare videtur, quod apud Iulianum *in d. l. 1. in princip. de Saluian. interd.* nulla fiat mentio redhibitionis, ideóque commentitia interpretatio noſtra eſſe videatur, &, vt loquuntur, diuinatiua. Sed iam reſpondi ſupponendos ſemper eſſe terminos habiles, neque id commentum aut diuinationem dici debere, ſed aptiſſimam planéque neceſſariam interpretationem, ne alioqui nulla cogente verborum neceſſitate ratio iuris violetur.

ERROR DECIMVS.

Cur de partu pignoris obligato apud emptorem concepto & ad venditorem reuerſo non detur directum Saluianum contra emptorem.

AT probabiliùs hæſitare & quærere quis poſſit, quid neceſſe ſit tractare in hac ſpecie de vtili interdicto, cùm poſſit directum ſufficere ſi ponamus agi de partu pignoris qui ſit ideò ipſe quoque obligatus quòd per redhibitionem redierit ad venditorem, & agi aduerſus conductorem ipſum non aduerſus extraneum emptorem. Quid enim, obſecro, impedit quominùs directum hoc caſu competat cùm omnia concurrere videantur, quæ ſolent facere vt poſſit locus eſſe directo Saluiano? Hoc verò etiam eſt, quod interpretes noſtri videre non potuerunt, paucíque fortaſſis etiamnum viderent, ſi non eſſet facilis & propemodum obuia reſponſio ex ijs quæ in præcedentibus diſputauimus. Elegans enim reſponſio eſt, petendáque ex eo quod docuimus directum Saluianum nō tam ex iure con-

Digitized by Google

tracti pignoris deſcendere, quàm ex pacto adhibito per quod expreſſim conuenerit de pignore, vt diſertè ſcriptum eſt *in §. interdictum autem Inſt. de interd.* Inde namq́ue fit, vt quemadmodum poteſt Saluianum directum competere etiam pro re quæ nec verè obligata ſit nec obligari per conductorem potuerit, putà quæ fuerit aliena ſiue alienam ſciuerit, ſiue ignorauerit conductor qui eam aut bona aut mala fide pignorauit, dummodò eam pignori futuram expreſſim pepigerit *d. §. interdictum.* iunct. *l. 1. § pen. D. de migrand.* Ita quoque è contrario non poſſit competere ne quidem aduerſus conductorem etiam pro re quæ pignoris iure ac vinculo verè teneatur, ſi non interceſſerit pactum expreſſum de re illa vel ſpecialiter vel generaliter obliganda. Atqui cùm de ancilla ſola pactum pignoris conceptum eſt, præſertim quæ non fuerit eo tempore prægnans licèt partus quoque poſteà editus ſiue apud conductorem ipſum ante venditionem, ſiue apud emptorem poſt venditionem, dummodò ſecuta quandocunque redhibitione perinde obligatus intelligatur, acſi de obligando eo nominatim conueniſſet *d. l. 1. Co. de part. pignor. duct. l. Paulus 29. §. 1. & l. fideiuſſor 26. §. vlt. D. de pignor.* Verum tamen eſt dicere nullum de partu obligando pactum interueniſſe, ſoláque iuris poteſtate fieri vt partus quoque obligatus cenſeatur, quod Paulus noſter non obſcurè ſignificat *in duct. l. Paulus §. 1.* ijs verbis *ea quoque quæ ex ijs nata ſunt eodem iure habenda ſunt*, & paullò pòſt, *ſiue ſpecialiter de his conuenerit, ſiue non*, vt intelligamus non tam vi pacti expreſſi hoc fieri, quàm authoritate iuris, & ex conſenſu prudentum quorum authoritas fuit in eam rem imploranda *d. l. 1. Co. de part. pignor.* Fateor fieri hoc in conſequentiam pacti expreſſi, quo ancilla fuit pignorata, quia ſi mater obligata non fuiſſet, nec partus eſſet. Sed nego hoc ſufficere ad inducendum directum Saluianum, quod vtique requirit neceſſariò vt pactum præceſſerit expreſſum de obliganda ſiue ſpecialiter ſiue generaliter ea re pro qua Saluianum exercetur. Atqui quod pactum interuenerit de ancilla obliganda, non poteſt facere vt de partu quoque ancillæ obligando conueniſſe videatur, ne quidem tacitè, quia non tam ex tacita & præſumpta contrahentium voluntate fit vt partus quoque obligatus intelligatur, quàm ex mera iuris ratione, quæ omnino facit, vt partum pignoratæ ancillæ in pari cauſa eſſe quà mater eſt, prorſus neceſſe ſit: adeò vt probabiliter defendi poſſit non eſſe in poteſtate contrahentium facere, vt matre obligata non ſit etiam obligatus partus ex ea editus cuius dominium ſit penes debitorem, non magis quàm vt liber ſit non ſeruus, niſi quòd etiam apud emptorem conceptus perinde ſeruus eſt, quia mater ancilla manet, at non æquè obligatus eſt licèt maneat illa obligata: Nimirum quia iuris ratio quæ facit vt partus neceſſariò ſequatur condicionem matris non minùs in iure pignoris, quàm in condicione ſtatus, eadem ipſa impedit, ne pignus vtiliter contrahi poſſit in ea re quæ nec conſtituti pignoris tempore, nec poſteà vnquam fuerit debitoris aut heredum ipſius. *l. ante omnia 23. D. de probat. l. & quæ nondum 15. in princip. & §. 1. D. de pignor.* At cùm partus ancillæ apud emptorem editus peruenit ad debitorem præſertim ex cauſa redhibitionis, vtraque iuris ratio concurrit vt partus ancillæ ſit perinde obligatus atque ancilla ipſa, vtque inuitis etiam contrahentibus condicionem matris neceſſariò ſequatur, ceſſante ſcilicet impoſſibilitate quæ ſola facere poterat, ne ſequeretur. Et tamen quia per conſequentiam pacti expreſſi quod de o-

Digitized by Google

de obliganda matre interpoſitum fuerat hoc euenit vt partus quoque obligatus intelligatur. Benè ac ſubtiliter Iulianus reſpondit vtile interdictum hoc caſu accommodandum eſſe locatori aduerſus conductorem,cùm vtrumque verum ſit & partum hunc obligatum eſſe reuera, & pactum aliquod interueniſſe non quo partus hic obligatus ſit, ſed propter quod ſit obligatus: Pactum videlicet illud quo mater obligata fuit, & ſine quo partus non eſſet obligatus, quia nec mater eſſet. Tantóque magis neceſſarium erit hoc caſu Saluianum ſi ponas ancillam non fuiſſe conductoris,ſed alienam,puta quam ipſe à non domino,ſiue bona,ſiue mala fide comparauerat,cùm hoc caſu neque Seruiana,neque quaſi Seruiana poſſit competere: Poſſit tamen Saluianum in quo agitur, vt dixi, non de iure pignoris ſed de ſola poſſeſſione cuius adipiſcendæ per hoc interdictum iuſta ſemper cauſa eſt ſi tale pactum de pignore præceſſerit ex quo fuiſſet res obligata ſi aliud nihil obligationem impediuiſſet: quod in propoſita ſpecie accidit, in qua poterat pactum de oppigneranda ancilla ſufficere ad partum quoque obligandum licet de partu nihil conueniſſet, ſi ancilla non fuiſſet aliena. Hoc verò etiam interpretes noſtri non intellexerunt, qui numquam de Saluiano tractant, quin exigant vt res pro qua interdictum proponitur ſit verè obligata, nec contenti ſunt pacto pignoris, quo tamen contentum eſt Saluianum. Ideóque nimirum diſputant, quî fieri poſſit vt partus apud emptorem editus, ſit obligatus locatori, & vt faciant obligatum, ponunt fuiſſe conceptum apud debitorem, exiſtimantes non aliter fieri poſſe vt veniat in Saluianum. Sed alius ille tractatus eſt nec minùs difficilis. De quo iam ſeparatim videamus.

ANTONII FABRI I.C. SEBVSIANI, SENATORIS SABAVDIENSIS, ET IN GEBENNENSIS DVCATVS AVDITORIO PRAESIDIS

DE ERROR. PRAGMAT. ET INTERPR. IVR.

DECAS LX.

ERROR PRIMVS.

De partu ex ancilla pignorata & vendita, edito apud emptorem.

Digitized by Google

QVÆRVNT interpretes, An partus ex ancilla pignorata & vendita editus apud emptorem, obligatus eſſe cenſeatur. Ideò autem concipiunt quæſtionem de partu edito apud emptorem, quia in eo qui eſſet editus apud venditorem, eundémque debitorem, non dubitarent quin is quoque pignoratus intelligeretur, ſiue quod ex ratione iuris ita comparatum ſit, vt partum oporteat ſequi condicionem matris ſuæ *l.1.C.de part.pignor.* Siue quod ita ſcripſerint diſertis verbis Iureconſulti *in l.fideiuſſor 26.§.vlt.l.Paulus reſpondit 29.§.1.D.de pignor.* Dubitant de ſolo eo partu qui editus ſit apud emptorem, & dubitandi cauſam ſumunt, ex eo quòd aliis quibuſdam iuris noſtri locis videantur prudentes noſtri in ea eſſe ſententia, vt partum editum quoque apud emptorem velint eſſe obligatum, præſertim verò *in l.ſi conuenerit 18.§.ſi fundus D. de pignor. act.* vbi Paulus ait, ſi fundus pignoratus venierit manere cauſam pignoris, quia fundus cum ſua cauſa tranſeat *ſicut*, inquit, *in partu ancillæ qui poſt venditionem natus ſit*: cui ſententiæ congruere putant, quod ex Iuliano traditur *in l.1.in princip.D.de Saluian.interd.* Si colonus ancillam in fundum pignoris nomine duxerit, & eam vendiderit, quod apud emptorem ex ea natum eſt eius adprehendendi gratia vtile interdictum reddi oportere. Quomodo enim poſſet, inquiunt, competere Saluianum pro partu ancillæ ſi non partus ipſe perinde obligatus, atque ancilla ipſa eſſe intelligeretur? Vident tamen ex diametro repugnare eundem Paulum *in d.l. Paulus §.1. De pignor.* vbi poſteaquàm ſcripſit, ſi mancipia in cauſam pignoris ceciderint, etiam ea quæ ex his nata ſunt eodem iure habenda eſſe ſiue ſpecialiter de his quoque obligandis conuenerit, ſiue non, ſi modò eorum dominium ad eum peruénerit, qui obligauit, vel ad heredem eius, ſubiungit in hæc verba *Cæterùm ſi apud alium dominum pepererint, non erunt obligata.* Qui locus adeò apertus eſt, vt non aliam conciliationis ineundæ rationem videre poſſint interpretes, quàm vt dicant diſtinguendum eſſe an partus apud emptorem editus tantùm ſit, ſed conceptus tamen apud venditorem eundémque debitorem, An verò apud emptorem & conceptus & editus. Priore caſu volunt obligatum eſſe, poſteriore autem non eſſe. In quo apertè vim faciunt Paulo tam *in d. §.ſi fundus* quàm *in d.§.1.d.l.Paulus*, nec minus Iuliano *in d.l.1.in princip.de Saluian.interd.* Omnibus enim locis iſtis, tam quibus probare velis partum eſſe obligatum, quàm qui præſeferant non eſſe obligatum, natiuitatis tempus ſolum exprimunt, & cõſiderant Iureconſulti non conceptionis: Cuius ſanè ratio hac parte nc haberi vlla poſſit, iuris ratio ipſa omninò facit. Nam cùm partus priuſquàm editus ſit, nec partus, nec homo dici poſſit *l.in falcidia 9.§.1.D.ad leg.falcid.* quid referre, quæſo, poteſt ad eum potiùs obligandum, quòd conceptus fuerit apud debitorem ſi modò natus ſit apud emptorem? Quoties enim de hoc quærimus an res aliqua ſit pignori obligata, illud vnum inſpicere præcipuè debemus an ipſo conuentionis tempore, an ſaltem aliquando poſtea fuerit in bonis & dominio debitoris, cùm certiſſimi iuris ſit non aliter pignoris dationem valere poſſe *l.ante omnia 23. D. de probat.l. & quæ nondum 15.in princip.& §.1.D. de pignor.* An non autem prius eſt, vt partus ſit natus & editus, quàm vt poſſit dici obligatus? Omnis ſiquidem diſpoſitio, vt noſtri iactare ſolent, præſupponit ſubſtantiam, nec fieri poteſt vt non entis, quod aiunt philoſophi, vllæ ſint qualitates. Neque eſt quòd quis ad hanc ſpeciem trahat, Eum qui in vtero eſt iam exinde haberi pro nato: Id enim toties verum eſt quo-

ties de

ties de illius qui in vtero eſt commodo agitur non etiam ſi de incommodo tractetur, *vulg. l. qui in vtero 7. D. de ſtat. homin.* Incommodum autem eſt non commodum eius qui eſt in vtero ſi habeatur pro nato ad hoc vt tãto faciliùs habeatur pro iam exinde obligato, cùm obligatio illa quo expreſſior & ſpecialior eſt, eo magis impediat ne poſſit ille manumitti *l. ſi quis non obligatum 6. D. qui ſin. manumiſſ. ad libert. peruen.* iuncta *l. generaliter 29. D. qui & à quib. manumiſſ.* Præter id quod regula illa ad liberos homines tantùm pertinet non etiam ad ſeruos vt alibi monuimus. Quomodo enim partus ancillæ conceptus haberetur pro nato, qui etiam natus habendus eſſet pro nullo? *l. quod attinet 32. D. de reg. iur.* Et ſanè cùm ea ſit fictio iuris ciuilis inducta potiſſimùm ob legitimas hereditates, vt conſtat *ex l. qui in vtero 26. de ſtat. homin.* fieri nullo modo poteſt vt ad ſeruos pertineat qui conſortium iuris ciuilis nullum habent, adeóque nec prætorij *l. qui teſtamento 20. §. ſeruus quoque D. qui teſt. fac. poſſ.* Nihil igitur poteſt intereſſe, vtrum ancilla pignorata conceperit apud debitorem, eundémque venditorem, an verò apud emptorem, & vtroque caſu verum eſt pro pignorato haberi non poſſe partum, qui apud emptorem editus ſit & natus. Nec exiſtimandum eſt alicui ex antiquis authoribus iuris venire in mentem vnquam potuiſſe vt aliud reſponderet: quod neque interpretes feciſſent, ſi ex ſupradictis iuris locis, qui pugnare ex diametro videbantur aliter euoluere ſe potuiſſent.

ERROR SECVNDVS.

Si partus apud emptorem editus redhibitus ſit cum matre pignorata.

NOs verò iam oſtendimus Decade præcedente, quàm parum ad rem faciat, quod illi nobis obiiciũt ex Iuliano *in d. l. 1. de Saluian. interd.* Saluianum vtile reddi oportere adprehendẽdi eius gratia quod apud emptorem natum ſit ex ancilla per colonum pignorata & in fundum pignoris nomine inducta. Nam cùm id non aliter verum eſſe poſſit, quàm ſi aduerſus conductorem agatur contra quem ſolum poteſt interdicto locus eſſe, vt probauimus *ex l. 1. C. de precar. & Saluian. interd.* apparet non de alia ſpecie Iulianum intelligi poſſe, quàm in qua partus apud emptorem editus, penes venditorem reperiatur, & quidem ex ea cauſa quæ ius pignoris retrotrahere poſſit ad tempus conuentionis: quod eo demùm caſu verum eſſe poteſt, quo ancilla quæ fuerat oppignorata, & vendita, poſtmodùm fuerit redhibita ex ædilitio edicto. Quo caſu ſicuti omnia cætera retrotrahũtur, *l. quia redhibitio 9. D. de alien. iudic. mut. cauſ. fact.* Ita & partus ex ancilla pignorata & redhibita editus apud emptorem & conceptus, perinde habendus eſt, acſi apud venditorem ipſum & conceptus, & editus fuiſſet, cùm veniat in cauſam redhibitionis, vt probauimus *ex l. quòd ſi nolit 31. §. ſi ancilla D. de ædilit. edict.* Atqui ſi apud debitorem eundémque venditorem & conceptus, & editus fuiſſet, nemo dubitaret quin pignoris iure ac vinculo teneretur. *d. l. Paulus reſpondit 29. §. 1. & d. l. ſideiuſſor 26. §. vlt. D. de pignor. l. 1. C. de part. pignor.* Multò minùs quin Saluianum eo caſu competeret, aduerſus debitorem & conductorem. Quidni ergo idem dicendum erit etiamſi partus apud emptorem ſiue editus tantùm, ſiue

Digitized by Google

etiam conceptus fuerit, dummodò ſecuta redhibitio proponatur? Fit enim hoc non tam vi & iure ſolius pacti, aut in ſolam conſequentiam obligationis contractæ in perſona ancillæ, quàm ex iuncta poteſtate redhibitionis, quæ retroagit omnia vt diximus. Propter quam cauſam ſi poneres partum qui apud emptorem non dicam conceptus, ſed editus tantùm fuiſſet perueniſſe ad venditorem aut ad eius heredem ex venditione merè voluntaria, quam poteſtas redhibitionis, aut alterius contractus antecedentis non extorſerit, licerem ſanè nec obligatum eum fore, nec eius adprehendendi gratia Saluianum competere poſſe locatori nec directum, nec vtile, ne quidem aduerſus conductorem ipſum quia quod ſcriptum eſt *in d.l.Paulus §.1.* obligato mancipio etiam ea quæ ex ipſo nata ſunt in cauſam pignoris incidere, ſiue ſpecialiter de iis quoque obligandis conuenerit, ſiue non, ſi modò eorum dominium aut ad eum qui obligauit, aut ad ipſius heredem peruenerit, ita omnino accipiendum eſt, ſi dominium illud ſic peruenerit ad debitorem aut eius heredem, vt interea cuiuſquam alterius non fuerit, vel ſi fuit, attamen ex cauſa aliqua retroagente omnia, numquam alterius fuiſſe intelligatur, alioqui fatendum eſt medium eſſe inhabile, nec magis fieri poſſe, vt partus ancillæ obligatæ apud emptorem editus, & qui proinde numquam fuit in bonis debitoris veniat in obligationem bonorum, quàm vt aliud quicquam ex bonis poſtea ex quacumque alia cauſa acquiſitis: niſi proponas obligata fuiſſe generaliter bona omnia præſentia & futura, quod olim erat neceſſarium vt futura quoque comprehenderentur, *dict.l. & quæ nondum §.1.* vel ſaltem bona debitoris omnia generaliter & indefinitè, quod hodiè ſufficit, poſt Iuſtiniani conſtitutionem, *in l.vlt.C.quæ res pignor.oblig.poſſ.* Cùm enim partus ancillæ apud emptorem editus peruenit ad venditorem ex nouo contractu prorſus voluntario, & qui nullo modo pendeat à præcedente quo mater fuerat obligata, non poteſt conſiderari tanquam partus eius ancillæ, ſed tanquam alia res quælibet nihil commune habens, cum ancilla pignorata, exemplo eius quod in ſpecie licèt diſſimili ſcribit Iuriſc. *in l.ſi paterfamilias 15.§.1.D.de adopt.l.item eorum 6.D.quod cuiuſque vniuerſit.* Adieci *qui nullomodo pendeat à præcedente*, vt caſum illum excludam quo redhibeatur partus cum ancilla; *vt in d.l.1.in princ. de Saluian. interd.*

ERROR TERTIVS.

De differentia retrouenditionis & redhibitionis quod ad partum ex ancilla pignorata editum.

SVPERIORI caſui ſimilis & ille fortaſſe videatur, ſi ponas venditam fuiſſe ancillam ſub pacto de retrouendendo, quæ apud emptorem conceperit & pepererit, poſtea verò illi ipſi retrouendita ſit qui eam obligauerat locatori. Quaſi & hoc caſu idem eueniat, vt quemadmodum non aliter videtur emptor ſatisfeciſſe obligationi qua tenebatur ancillæ retrouendendæ, quàm ſi partum ancillæ cùm ancilla

ipſa

Digitized by Google

ipſa reddat venditori, vt poſt retrouenditionem factam in eo ſtatu ſint omnia in quo eſſent ſi venditio nulla præceſſiſſet, ita recidat partus ancillæ in eandem cauſam pignoris in qua eſſet, ſi apud venditorem eundémque locatorem & editus & conceptus fuiſſet, ac proinde ſimiliter peti poſſit per Saluianum. Eſt enim ſimillima redhibitioni retrouenditio, eaſdémque recipit præſtationes, tanquam quæ non in alio differant, quàm quod retrouenditio fiat ex neceſſitate pacti præcedentis: Redhibitio verò non niſi ex poteſtate æditiliæ iuriſdictionis, ſed non ita eſt, nam redhibito mancipio etiam fructus reſtituere emptor cogitur non tantùm quos à venditore percepit, ſed etiam quos aliunde conſecutus ſit *l. cùm autem 23. §. vltim. D. de ædilit. edict.* Ex cauſa verò retrouenditionis non alios fructus emptor reſtituit quàm quos aut poſt litem conteſtatam, aut poſt obſignationem à venditore factam perceperit *l. 2. Cod. de pact. int. empt. & vendit.* Nimirum quia non ſicut redhibitio retroagit omnia tollítque intellectum venditionis præcedentis, ita etiam retrouenditio. Et quamuis verum ſit partum non eſſe in fructu cùm natura rerum omnium fructus hominis gratia comparauerit *l. vetus fuit quæſtio 68. D. de vſ. fruct. l. in pecudum 28. D. de vſur.* & propter hominum dignitatem vt loquitur *l. iuſtiſſimè 44. in princip. D. de ædilit. edict.* nihil tamen hac parte diſtat inter partum & fructum, nec minùs partus quàm fructus cauſæ appellatione continetur *l. prætereà 20. de rei vindic.* iunct. *l. Iulianus 7. §. 1. eod.* Proinde non magis hoc caſu poteſt ancillæ partus recurrere ad venditorem quàm ſi ancilla purè vendita fuiſſet ſine pacto retrouendendi & conſequenter non poteſt Saluianum interdictum pro huiuſmodi partu competere, nec vtile dari, adeóque nec Seruiana exerceri, non modò contra emptorem ſi partum retineat, ſed neque contra venditorem quem ponimus eſſe eundem conductorem, ſi fortè emptor cum ancilla partum venditori reddiderit, quia quod ad partum attinet non tam retrouenditus quàm nunc primùm venditus intelligitur qui anteà venditus numquam fuit: Nec poteſt dici obligatus locatori, cùm numquam fuerit in dominio conductoris vt obligare illum potuerit etiamſi maximè voluiſſet, niſi proponas obligata bona omnia præſentia & futura. Denique latiùs patet redhibitionis nomen & poteſtas quàm retrouenditionis, Retrouendi enim non poteſt, niſi quod fuerit venditum, Redhiberi verò poteſt etiam id quod numquam venditum fuerit, ſi modò tale ſit quod venditor habiturus fuerat, ſi non vendidiſſet.

ERROR QVARTVS.

De ſententia & emendatione l. ſi conuenerit 18. §. ſi fundus ff. de pignor. act.

RESTAT igitur vt aliam obiectionem diluamus quæ fit ab interpretibus ex *d. l. ſi conuenerit 18. §. ſi fundus D. de pignor. act.* qui locus omnium apertiſſimus eſt ad probandum, etiam partum qui poſt venditionem natus ſit apud emptorem venire in cauſam pignoris. Sic enim habent verba Pauli *ſi*

fundus pignoratus venierit, manere cauſam pignoris quia cum ſua cauſa fundus tranſeat, ſicut in partu ancillæ qui poſt venditionem natus ſit. Verùm ſi ita eſt, illud quoque fateri interpretes oportebit, quod nos volumus non eſſe diſtinguendum quomodo ipſi diſtinguunt, an partus editus tantùm ſit & natus apud emptorem, conceptus verò apud debitorem: An & apud emptorem conceptus ſit. Neque enim Paulus diſtinguit cuius verba ſupradicta nihil aliud exigunt ad obligandum pignori partum ancillæ pignoratæ, niſi vt natus ſit poſt venditionem. Solius enim natiuitatis non etiam conceptionis Paulus meminit, vt & *in d. l. Paulus §. 1. de pignor.* vbi tamen diſertè negat ea quæ ex obligato mancipio nata ſunt vinculo pignoris teneri, ſi ancilla obligata pepererit apud emptorem. Quam fuiſſe non tam Pauli quàm communem veterum omnium prudentum ſententiam conſtat ex *d. l. fideiuſſor 26. §. vlt. eod. & ex d. l. 1. C. de part. pignor.* Ergo dicendum eſt vel pugnaſſe Paulum non modò cum ſeipſo, ſed etiam cum cæteris prudentibus omnibus, & quod abſurdius fuerit cum ratione ipſa iuris, vel mendoſum eſſe textum illum Pauli, præſertim cuius verba adeò ſimpliciter concepta ſint, vt appareat non aliud eo loco Paulum exprimere voluiſſe, quàm quod ſit extra omnem omnino dubitationem, nec enim tam obiter & breuiter rem tanti momenti perſtrinxiſſet ſi nouam ille ſententiam, ne dicam abſurdam & falſam inducere voluiſſet. Facilis autem emendatio erit, ſi erratum agnoſcas mecum in dictione illa *ſicut*, pro qua equidem non dubito quin legendum ſit *ſecus*, facili errore ex duarum literarum ſimilitudine & adfinitate, cùm alioqui vtraque dictio ex totidem literis conſtet. Ita verò ſi Paulum emendemus, aſſequemur facilè quod volumus, quódque idem Paulus expreſſit apertiſſimè *in d. leg. Paulus §. 1.* Non eſſe obligatum ancillæ partum qui natus & editus eſt apud emptorem, nec diſtinctionem adhiberi oportere, quam nemo ex prudentibus vnquam adhibuit: an partus ille conceptus fuerit apud debitorem necne. Idque monendum fuit à Paulo quia ex eo quod ante dixerat fundum pignori obligatum ſi alienetur à debitore tranſire in emptorem cum ſua cauſa, poterat quis inferre, conſequens igitur eſſe, vt ſi obligata ancilla vendita ſit, partus quoque obligatus videri debeat, etiam qui apud emptorem natus ſit poſt venditionem, quia ſcilicet æquè obligatus eſſet ſi fuiſſet editus apud debitorem, qui vtique alienando non potuit condicionem creditoris ſui facere deteriorem *leg. debitorem 15. C. de pignor.* Sed bene Paulus ſubiicit ſecus eſſe in partu poſt venditionem nato: quia verum eſt, numquam fuiſſe illum obligatum creditori cùm numquam fuerit debitoris, nec ſi prægnans ancilla vendita proponatur, quia partus quandiu in vtero eſt, nec partus nec homo eſt, ſed pars tantummodò viſcerum matris, *leg. 1. §. 1. D. de inſpic. ventr.* Vnde fit vt prægnante ancilla vendita & tradita, ſi partus euincatur non idcirco venditor de euictione teneatur, quia partus venditus non eſt, inquit idem Paulus *in l. ſi prægnans 42. D. de euict.* Nec enim actio de euictione naſcitur, niſi, cùm vel res ipſa vendita euincitur vel pars eius: *leg. 1. l. naue 36. & paſſ. eod. tit.* Quamuis non eo minus verum ſit, euicto partu poſſe eo nomine agi ex empto *l. non quecunque 82. §. Iulianus de leg. 1.* quia partum ex cauſa oneroſa habere emptor intelligitur, hoc ipſo quod matrem mercatus fuit *dict. §. Iulianus & leg. ſi quid ex Pamphila 73. de legat. 2.* Nec ſunt iſta contraria, quoniam vt hoc obiter addamus, aliud eſt agere de euictione, ſiue ex duplæ ſtipulatione

Digitized by Google

latione interpoſita, vt in *l. nouæ en ptor 43. D. de euict.* ſiue ad duplum vt in ſpecie *l. 2. eod.* Aliud verò agere ex empto, poteſtque vna actio competere tametſi alia non competat, adeóque interdum vtrique actioni locus eſſe in eadem ſpecie vt *in l. ſi in venditione 60. eod.* vbi Iauolenus ſcribit, ſi in venditione dictum non ſit quantùm venditorem pro euictione præſtare oporteat, nihil vẽditorem præſtare debere præter ſimplam & id quod intereſt, ſed alio & alio iure. Simplam quidem euictionis nomine: Id verò quod intereſt ex natura actionis ex empto: vt intelligamus id quod intereſt præſtari eo caſu non euictionis nomine, ſed vi actionis ex empto, id eſt officio iudicis cui locus eſt in huiuſmodi actione quia bonæ fidei eſt. *l. ex empto 11. l. qui per colluſionem 49. §. 1. D. de action. empt.* Ad officium enim pertinet iudicis, qui in cauſa actonis ex empto datus eſt, vt æſtimet quanti emptori conſtiterit puer deducta matris quæ prægnans vendita fuerat æſtimatione, vt Papinianus loquitur *in dict. l. ſi quod ex Pamphila.* Nemo enim neſcit carius diſtrahi vendique ancillam prægnantem, quàm eam quæ prægnans non ſit.

ERROR QVINTVS.

De Saluiano vtili etiam alij quàm locatori dando. Ad l. 1. C. de Saluian. interd.

QVEMADMODVM interpretes noſtri Saluianum vtile introduxerunt quo poſſit locator experiri etiam contra extraneum tertium poſſeſſorem contra quem videbant non poſſe directum competere, quod non competit niſi aduerſus conductorem *ex l. 1. C. de precar. & Saluian. interdict.* Ita & aliam vtilis interdicti ſpeciem commenti ſunt per quam fiat, vt cùm directum non poſſit alij competere quàm locatori, vtile tamen proponi poſſit à creditore quolibet etiam ex alia cauſa quàm locationis, qui modò res debitoris ſui habeat obligatas, ex quo efficiunt vt interdictum hoc Saluianum, quod non niſi pro locatoribus aduerſus conductores comparatum fuit, exerceri poſſit à quolibet creditore contra debitorem quemlibet, credo vt ex duplici genere interdicti vtilis conflent vnum quod ſit longè vtiliſſimum, & cuius vſum hodie in praxi maximè apud Italos frequentiſſimum eſſe conſtat. Fuit tamen veterum ferè omnium contraria ſententia. Interdictum Saluianum ſiue directum, ſiue vtile non alij vel competere vel dari poſſe quàm locatori, idque ſenſerunt etiam plerique ex ijs qui non dubitarunt affirmare, dandum eſſe interdictum vtile locatori aduerſus quemlibet poſſeſſorem. Nam cùm putarent probari eam ſententiam à Iuliano *in l. 1. in princip. & §. 1. D. eod. tit. de Saluian. interd.* nec poſſent videre quid ad eos iuris locos reſponderi poſſet, coacti ſunt propemodum inuiti contra iuris rationem id admittere, quod alioqui non admiſiſſent, vt poſſeſſor quilibet etiam qui conductor non ſit, ſi modò rem obligatam poſſideat, interdicto vtili teneatur, neque magnam in eo fieri iniuriam poſſeſſori exiſtimarunt, quandoquidem perinde is Seruiana vel quaſi Seruiana & hypothecaria conueniretur. At verò vt id interdictum etiam alij quàm locatori detur, id eſt creditori cuilibet & qui conductor ſit ex alia cauſa quàm conductionis, auſi

Digitized by Google

non ſunt dicere quia nullo iuris loco ita ſcriptum & proditum inuenerunt: quin è contrario nuſquam fieri mentionem Saluiani interdicti, quin locatoris & conductoris, rerúmque mentio fiat. Excipio reſcriptum Gordiani quod extat *in d.l.1. C.de precar. & Saluian.interd.* cuius prima illa verba *debitor tuus* & quæ ſequuntur, *id enim tantummodò aduerſus conductorem debitorémve competit* præſeferunt tractare Imperatorem non de illo tantùm qui ſit conductor & debitor ex cauſa conductionis, ſed de ſimplici debitore, id eſt de debitore quolibet, & ex quacunque cauſa. Atque ita Bartolus locum illum interpretatus eſt, & quotquot ſententiam eius ſecuti dant vtile Saluianum cuilibet creditori, inter quos pudet pigétque nominare Iacobum Cuiacium, qui etiam ſententias Pauli *lib.5.titu. de interdict.§.vlt.* ſic nominatim ſcripſit. Hoc verò ſi ita eſt vt ea fuerit Imperatoris Gordiani ſententia quam iſti putant, verbáq; uſupradicta de ſimplici ac quolibet debitore accipi debeāt, illud primùm ac magis miror, cur de vtili tantùm interdicto loquantur, nec directum ipſum accommodent perinde audenter cuilibet creditori, cùm interpretes omnes conſentiant de ſolo directo agere Gordianum *in d.l.1.* ne alioqui cogantur fateri quod omnes negant, etiam vtile interdictum locatori denegandum eſſe aduerſus extraneum poſſeſſorem. Neque ſanè verbum *competit* quo vſus eſt Gordianus, aliam interpretationem admittit: nam ſiue de actionibus, ſiue de interdictis loquamur, cùm actiones aut interdicta competere dicimus ſemper de directis intelligimus. Vtiles enim actiones, & vtilia interdicta dari dicuntur, vel reddi, non competere, quamuis etiam directæ actiones, directáque interdicta dentur & reddantur *dict. l.1. in princip.& §.1.D.de Saluian.interd.* Ergo cùm reſcribat Gordianus interdictum Saluianum aduerſus conductorem debitorémve competere, fatendum erit Imperatoris eam eſſe ſententiam, vt tam aduerſus debitorem quemlibet, quàm aduerſus conductorem Saluianum directum competat, non vtile. Et verò cùm loquatur Gordianus de conductore, & debitore ſimul & in eadem clauſula, neceſſe eſt fieri eam interpretationem per quam verbum illud *competit* vniformiter determinet, quod de vtroque dicitur, cùm non minùs ad debitorem quàm ad conductorem referatur, id enim facit quod vulgò iactatur brocardicum de vniformi determinatione ex *l. iam hoc iure 4.ff.de vulg.& pupill.ſubſt.* cuius brocardici magna eſt ac præcipua inter noſtros authoritas. Atqui nemo dubitat quin Saluianum directum competat locatori aduerſus conductorem: alioqui contra quem competeret? Ergo & contra debitorem quemlibet æquè directum competet ſi eadem hac parte ratio eſt cuiuſlibet debitoris, quæ conductoris. Et tamen nemo hucuſque dixit directum eſſe interdictum, quod iſti accommodant locatori, ſed omnes clamant eſſe vtile. Fateantur ergo neceſſe eſt, non eam eſſe potuiſſe Gordiani mentem, vt reſcripſerit Saluianum quod competit aduerſus conductorem etiam competere contra ſimplicem debitorem. Planè quod adfert Bartolus ex poſtremis illis verbis *d.l.1. vel quæ ad exemplum eius inſtituitur* ad rem prorſus non pertinet. Nec enim de interdicto ea verba ſunt, ſed de actione eáque vtili, quæ inſtituitur ad exemplum non interdicti Saluiani, ſed actionis Seruianæ directæ, id eſt de vtili Seruiana, quæ & hypothecaria appellatur, vt & Accurſius & poſt Accurſium cæteri benè explicarunt. Nam de vtilibus actionibus quæ ad exemplum interdictorum, inque locum eorum ſubſtitutæ hodie ſunt, non potuit Gordianus

Digitized by Google

dianus reſcribere, cùm eo tempore nondum eſſent extraordinaria iudicia omnia, vt ſunt hodie *§. vlt. Inſt. de interd.* nec tam redderentur vtiles actiones ad exemplum interdictorum, quàm interdicta ad exemplum extraordinariorum iudiciorum, vt ait *l. 3. C. eod.* Multò itaque meliùs noſter Accurſius hæc verba *aduerſus conductorem debitorémve* interpretatur de eo qui ſit conductor idémque debitor ex cauſa conductionis, acſi ſcriptum eſſet *aduerſus conductorem, eundémque debitorem ex cauſa conductionis.* Vt enim Saluianum competat, non ſufficit eum contra quem proponitur eſſe conductorem ſi non ſit etiam debitor, nec rurſus eſſe debitorem ſi non ſit etiam conductor: quod Gordianus expreſſit vſurpato articulo *vé* qui diſiunctionis articulus eſt, non tam diſiunctiuè quàm expoſitiuè, quomodo & particulam ipſam *vel* interdum accipi non eſt nouum. Quamquam parùm accommodatè adferunt exemplum *ex l. 2. D. ad leg. Aquil.* in illis verbis *quadrupedem vel pecudem*, quaſi ſcriptum ſit in lege Aquilia *quadrupedem, id eſt pecudem*, quod non ita eſt. Facta enim quadrupedis mentione fuit neceſſe ſubiici etiam mentionem pecudis: cuius appellatio latiùs patet quàm quadrupedis. Omnes enim quadrupedes pecudes ſunt, At non contrà omnes pecudes quadrupedes. Quòd ſi eadem loquendi ratio vſurpata eſſet à Gordiano *in d. l. 1.* æquè fatendum eſſet competere Saluianum contra debitorem quemlibet æquè ac contra conductorem, quemadmodum lex Aquilia non minùs locuta eſt de pecude qualibet, quàm de quadrupede. Nam perinde verum eſt omnem qui ex cauſa conductionis debeat eſſe debitorem, at non omnem debitorem debere ex cauſa conductionis: Neque alia capi poſſet interpretatio etiamſi Gordianus ſcripſiſſet *conductorem debitorémque.* Similiter enim dicerem de eo debitore id accipiendum qui conductor quoque eſſet, adiectámque mentionem debitoris, vt ſignificaret non teneri quem poſſe Saluiano tam ob id ſolùm quòd ſit conductor, quàm ob id maximè quòd ſit debitor ex conductione. Sublato ſiquidem debito, pignoris quoque conuentionem euaneſcere neceſſe eſt, qua ſublata nec Saluianum quod non niſi ex pacto pignoris proficiſcitur ſupereſſe poteſt. Denique & coniuncta pro diſiunctis frequentiſſimè accipiuntur, & diſiuncta pro coniunctis, & tam hæc quàm illa pro expoſitiuis vtique ſecundum ſubiectam materiam, ita vt non poſſit certa de eo tradi regula, vt conſtat ex *l. ſæpe 53. D. de verb. ſignific. l. pen. C. eod.* Niſi fortaſſis illa quæ nullas vnquam patitur exceptiones, quod ea ſemper capienda ſit interpretatio quæ vicio careat *l. in ambigua 19. D. de legib.* id eſt per quam ſupponantur ſemper termini habiles, & abſurdum, quantum fieri poteſt euitetur. Secundum quod in propoſito tractatu dicendum eſt, Imperatorem *in d. l. 1. C. de precar.* cùm expreſſim tractet de Saluiano interdicto quod non de aliis rebus comparatum eſt quàm de rebus coloni quas is pro mercedibus fundi futuras pignori pepigiſſet *§. interdictum autem Inſt. de interd.* non de alio debitore ſentire potuiſſe quàm de eo qui conductor eſſet tametſi non modò de conductore, ſed etiam de debitore locutus ſit, ſiue coniunctim, ſiue diſiunctim ſubiecta debitoris mentio proponatur. Nec alius ſenſus eſt illorum verborum quæ initio legis ponuntur *debitor tuus*, quibus etiam mouetur Bartolus & quotquot poſt Bartolum eam legem de ſimplici & quolibet debitore intelligunt, quæ tamen noſtram interpretationem multò commodiùs admittunt.

Digitized by Google

ERROR SEXTVS.

De interdicto quaſi Saluiano.

AT QVI, inquiunt, quomodo ſe habet vtilis Seruiana ad Seruianam directam,ita & vtile Saluianum ad directum, vt ſit quaſi Saluianum aliquod interdictum, ſicut eſt actio aliqua quaſi Seruiana. Sic enim Cuiacius *lib.5. Obſer.cap.24.* Ergo quemadmodum quaſi Seruiana datur cuilibet creditori habenti pignus aut hypothecam in bonis cuiuſlibet debitoris, cùm tamen Seruiana directa non niſi de rebus coloni expreſſim obligatis comparata ſit:ita & quaſi Saluianum dandum eſt cuilibet creditori in res à quocunque debitore obligatas tametſi Saluianum directum non pro alio inductum ſit quàm pro eo cui ex cauſa locationis debeatur. Sed nego iſta eſſe ſimilia. Maior enim fuit ratio & neceſſitas introducendæ vtilis Seruianæ, quàm excogitandi vtilis Saluiani contra quemlibet debitorem. Siue quòd non debeat melior eſſe conditio debitoris cuiuſlibet quàm tertij poſſeſſoris qui etiam bona fide à debitore comparauerit, quem tamen conſtat per quaſi Seruianam conueniri vtiliter poſſe, id enim non ſimiliter de Saluiano dici poteſt, quod ſuprà probauimus contra tertium poſſeſſorem dari nullomodo poſſe. Siue etiam, quòd nullius vtilitatis futurum eſſet quaſi Saluianum aduerſus debitorem ipſum, ſi verum eſt quod iiſdem interpretibus noſtris placet creditorem agentem vtili Seruiana contra debitorem non habere probandum quòd res obligata fuerit in bonis debitoris, ſed ſufficere vt probet fuiſſe de bonis, id eſt poſſeſſam fuiſſe à debitore quomodo ex communi noſtrorum ſententia concludit Affl ct. *deciſ.383. in fin.* quod tamen nos ſequenti Decade refellemus. Neque eſt quod quis dicat Gordianum *in d. l.1. C. de precar.* ideo nihil de vtili Saluiano dicere, quia de directo tantùm tractabat. Quaſi ſi de vtili quoque tractare voluiſſet, non magis fuerit ille denegaturus, quàm vtilem Seruianam de qua ſubiicit poſſe illam ad exemplum Seruianæ exerceri. Sic enim quidam ex interpretibus noſtris ratiocinantur qui ſubtiliores videri volunt, Omnino peruerſè, contra quos ſic nos ex aduerſo longéque probabiliùs argumentamur: Quidni verò etiam de vtili Saluiano dando reſcripſiſſet Imperator ſi quod dari poſſet ſiue aduerſus debitorem quemlibet, ſiue contra tertium poſſeſſorem, quomodo etiam de vtili Seruiana locutus eſt, tametſi non niſi de Saluiano quæreretur? An non erat Imperatori facilius, procliuius & accommodatius dare actori vtile Saluianum qui directum poſtulabat, quàm vtilem Seruianam de qua nihil quærebatur? In ſumma hoc contendo nihil cauſæ ſubeſſe cur interpretibus permittamus ſine lege ac ſine vlla neceſſitate inducere quaſi Saluianum vllo alio caſu quàm quo inductum fuit ab ipſis authoribus iuris, hoc eſt in ſpecie *l. 1. in princip. D. de Saluian. interd.*

ERROR SEPTIMVS.

De Saluiano dando in res coloni nulla conuentione expreſſa obligatas.

Interpre-

Digitized by Google

INTERPRETES noſtri quib. vix certum & exploratum quicquam eſt, niſi quod habere illi potiùs deberent pro falſo ne quid in hoc tractatu De Saluiano interdicto vel prętermiſiſſe, vel ignoraſſe videantur, de hoc quoque dubitant, de quo ſanè prudentes noſtri non dubitarent, an Saluianum interdictum pro iis quoque rebus coloni competat quæ nulla expreſſa conuentione fuerunt obligatæ. Parum verò eſſet quod dubitarent, ſi non ad propoſitam dubitationem malè reſponderent: ſed & priuſquàm malè reſpondeant, incipiunt iam labi in eo, quòd quæſtionem iſtam in hoc vno verſari putant, vtrum res coloni quas in prædium conductum intulit & inuexit obligatæ ſint tacitè pro mercedibus conductionis, etiamſi nulla de iis obligandis pactio interceſſerit. Nam ſi ſint obligatæ, non dubitant quin hoc ipſo earum nomine Saluianum debeat competere locatori, perinde atque competere putant pro rebus inquilini quas ille in prędium vrbanum intulerit, de quibus nemo dubitat quin obligatæ ſint tacitè, nulla quoque pactione interueniente, niſi quod earum nomine dant vtile duntaxat interdictum, quoniam edicti verba reſtricta ſunt ad res coloni & ad illata in prædiū ruſticum, at pro iis rebus quas colonus in fundum conductum inuexerit, dant directum, nec quicquam cauſæ ſubeſſe putant, cur ad vtile implorandum vel inducendum confugere ſit neceſſe. Omnes porrò ferè interpretes antiquiores Accurſium ſecuti ad *§. item Seruiana Inſt. de action.* in ea ſunt opinione vt exiſtiment, illa etiam quæ in prædium ruſticum à colono illata ſunt, cenſeri tacitè obligata, non minùs quàm quæ in prædium vrbanum, hac ſola differentia quod quæ inquilinus in prædium vrbanum intulit taciti pignoris vinculo tenentur etiamſi dominus illata eſſe neſciat, quæ verò colonus, non aliter quàm ſi ea intulerit ſciente domino & ex ipſius voluntate. Cuius ſententiæ probationem adferunt ex eo quod reſcriptū eſt ab Alexandro *in l. certi C. de locat.* iiſdem ferè verbis, ea quæ voluntate dominorum coloni in fundum conductum induxerint, pignoris iure dominis teneri: quando autem domus locatur non eſſe neceſſariam in rebus inductis vel illatis ſcientiam domini, nam ea quoque pignoris iure teneri. Adferunt etiam nonnulli quod ſcriptum eſt *in l. 2. D. in quib. cauſ. pign. vel hypoth. tacit. contr.* Non ſolùm pro penſionibus ſed etſi deteriorem habitationem fecerit culpa ſua inquilinus, inuecta & illata pignori eſſe obligata: ſed valde imperitè, cùm de inquilino Martianus loquatur, inquilinus autem ſit non qui fundum & prædium ruſticum conduxit, ſed qui vrbanum *l. res pignoris 37. D. de acquir. poſſ.* Itaque probat potiùs is locus non idem in colono probari poſſe: Alioqui cur de ſolo inquilino Martianus loqueretur? Eáque receptior ſanè recentiorum ferè omnium opinio eſt, aliam eſſe hac parte vt & in aliis pleriſque vrbanorum prædiorum cauſam, aliam verò ruſticorum, illata in prædium vrbanum hoc ipſo tacitè obligata intelligi nec tantùm pro penſione, ſed etiā pro deterioratione ſiue illata ſciat dominus prædij, ſiue ignoret: illata verò in prædiū ruſticum, non eſſe tacitè obligata, nec ſi dominus illata ſciat, niſi conuenerit, expreſſa pactione vt eſſent obligata. Quam in rem apertiſſimi ſunt textus, *in d. l. 2. l. eo iure 4. in princip. l. Pomponius 5. cum duab. ſeq. D. an quib. cauſ. pign. vel hypoth. tacit. contr. l. ſi non inducta 5. & l. vlt. C. eod. l. item quia 4. D. de pact.* Vnde eſt quod Iuſtinianus *in §. interdictum quoque Inſt. de interdict.* tractans de interdicto Saluiano quod non competit niſi de rebus quas colonus in fundum con-

ductum pignoris nomine induxerit, ait non de aliis rebus illud competere quàm quas pignori futuras pepigiſſet, quo verbo palam eſt pactionem expreſſam ſignificari. Et ſimiliter Theophilus *in §. eſt & Seruiana de action.* cùm dat exemplum Seruianæ actionis quæ poſſit competere in res coloni in fundum inuectas, ponit inuectas eſſe cum pacto vt eæ mercedis nomine obligatæ eſſent. Hoc verò cur ita, ſi nulla etiam pactione interueniente res coloni illatæ in prædium ruſticum obligatæ cenſerentur? Indéque eſt quod *in d. lieo iure* 4. §. 1. quærit tam diligenter Neratius de ſtabulis quæ non ſunt in continentibus ædificiis, quorum prædiorum ea numero habenda ſint, ruſticorúmne an vrbanorum: & quidem vrbanorum, inquit, ſine dubio non ſunt, cùm à cæteris ædificiis quæ vrbana ſunt ſeparata ſint. Sed tamen quod ad cauſam huiuſmodi pignoris taciti pertinet, *non multùm*, vt idem ſubiicit, *ab vrbanis prædiis differunt.* Quibus poſtremis verbis licèt non negem id ſignificari, vt nullomodo differant, nec enim aliqua differentia aut à Neratio, aut ab alio vllo Iureconſulto hac de re vnquam tradita eſt, innuit tamen Neratius differentiam illam quam inter vrbana & ruſtica prædia interpretes omnes aliquam eſſe agnoſcunt, non paruam eſſe ſed magnam. An non autem parua eſſet ac penè nulla, ſi vt etiam illa quæ in fundum conductum inducta ſunt tacitè obligata crederentur, ſolam domini ſcientiam interuenire ſufficeret? Nam & difficile eſt vt neſciat dominus aliquid in fundum ſuum eſſe inductum, & quid illud ſit, qui etiam videre cùm vult poteſt. At magna eſt differentia ſi ſic explicetur, vt quæ in fundum conductum illata ſunt, ita ſint tacitè obligata, ſi pactio expreſſa interuenerit. Quæ verò illata ſunt in prædium vrbanum, tacito pignoris vinculo teneantur, etiamſi nec pactio, nec domini ſcientia vlla probetur.

ERROR OCTAVVS.

De ſententia l. certi 5. C. de locat. l. potior 11. § ſi colonus D. qui potior. in pignor. hab.

NEQVE verò exiſtimandum eſt aliam fuiſſe Imperatoris Alexandri ſententiam in *d. l. certi*, vbi quod ſcribitur de rebus coloni in fundum conductum illatis, & inductis ex voluntate dominorum, non aliam vtique interpretationem recipere poteſt, quàm de rebus quæ ideò tantùm inductæ & illatæ ſint, vt vel in totum mercedis debitum, vel in partem debiti eſſent obligatæ, quomodo ſcriptum eſt iiſdem ferè verbis, ſed paullò apertiùs *in d. l. Pomponius* 5. *§. 1. D. in quib. cauſ. pign. vel hypoth. tacit. contr.* Non quaſi *voluntatis* appellatione pactio ſignificetur, vt vult Cuiacius *ad l. 4. D. de pact.* & alij recentiores quos refert ac ſequitur Iacob. Menoch. *De adipiſc. poſſ. remed. 3. num. 43.* (nec enim pactio voluntas vnius eſt, ſed duorum pluriúmve in eandem rem placitum & conſenſus *l. 1. eod.*) At vt hoc ipſo intelligamus non tacitam eſſe poſſe hanc hypothecam ſed expreſſam eſſe debere, Quæ enim acquiritur tacitè, acquiritur etiam ignoranti nihílque tale cogitanti, vt cernere eſt in ea quæ datur domino prædij vrbani in rebus per inquilinum illatis, quemadmodum ſubiicitur *in d. l. certi*, tantùm abeſt vt eo caſu voluntas domini vlla requiratur

quæ pluſ-

Digitized by Google

quæ pluſquàm ſcientia eſt *l.1.D. ſi famil.furt.feciſs.dicet.l.2. §. voluntatem D. ſolut.matrim.* In eóque alius eorundem recentiorum error eſt, quod putant poſteriorem partem *d.l.certi*, quæ habet, quando locatur domus, non eſſe neceſſariam in rebus inductis vel illatis ſcientiam domini, ſic accipi oportere vt *ſcientiam* eo loco pro *voluntate* dixerit Imperator, quaſi id poſtulante antitheſi prioris partis, in qua non *ſcientiæ* mentio facta eſt, ſed voluntatis, quemadmodum è contrario Accurſius eadem ratione motus quod in priore parte ſcriptum eſt de voluntate explicat de ſcientia ex antitheſi poſterioris partis. Nec animaduertunt longè maiorem & elegantiorem fore antitheſim, ſi ita accipiatur vt ad obligandas domino res coloni illatas in prædium ruſticum, non ſufficiat ſcientia domini, ſed eius voluntas omni modo exigatur, ad obligandas verò res inquilini, ne ſcientia quidem requiratur, triplex autem ratio adferri poteſt, cur voluntatem domini exigat Alexander, non etiam pactionem expreſſam, quam tamen neceſſariam eſſe recentiores volunt. Prima eſt, quia tam certi iuris illud erat, vt non fuerit neceſſe id exprimi accuratiùs, quod apud omnes indubitatum foret: videtúrque in eius legis ſpecie quantum ex contextu verborum coniicere licet, de rebus in prædium vrbanum illatis conſultus fuiſſe Imperator potiùs quàm de inductis & illatis in ruſticum, de quibus proinde non niſi obiter, & per occaſionem tractari debuit. Altera ratio eſt, quoniam apertum erat, nõ ad alium finem poſſe domini voluntatem exigi in rebus à colono illatis, & inductis in ruſticum prædium, quàm vt pignori expreſſim obligentur. *dict. l. Pomponius §. 1.* Quid enim eget colonus voluntate locatoris vt res ſuas in prædium ruſticum inferat & inuehat, quas inferre & inuehere poteſt domino quoque non ſolùm ignorante, ſed etiam inuito & contradicente? An non enim habet iuris regula, Poſſe fieri nobis inuitis, quod fieri poteſt ignorantibus? Qua porrò frõte poſſit dominus prohibere ne res ſuas quas velit inferat, & inducat, colonus, qui prædium ipſum ruſticum alij locare etiam poſſet ſi vellet, niſi contraria lex dicta probaretur? *l.nemo 6. C. eod. tit. de locat.* Sed tertia omniúmque aptiſſima ratio afferri ea poteſt, quòd tum quoque cùm expreſſa pactione conuenit, vt inducta & illata per colonum in prædium ruſticum pignoris iure teneantur, non ideò tamen exinde obligantur ea quæ poſt inducuntur & inferuntur, ſed ex die illationis tantùm & inductionis, nec tam quòd de iis obligandis conuenerit, quàm quòd inducta ſint & illata, vt eleganter Caius ſcribit *in l.potior 11. §. ſi colonus D. qui potior. in pignor. hab.* vbi ait, ſi colonus conuenerit vt inducta in fundum, illata, & ibi nata pignori eſſent, & antequàm inducat alij rem hypothecæ nomine id eſt citra traditionem quæ in pignore propriè contrahendo neceſſaria eſſet, obligauerit, tunc deinde illam ipſam rem in fundum induxerit, potiorem fore illum qui ſpecialiter purè acceperit: quia, inquit, non ex conuentione priori obligantur, ſed ex eo quod inducta res eſt, quod ipſum poſteriùs factum eſt. Hoc vult dicere, quoties inter dominum & colonum expreſſim conuenit vt obligata ſint omnia quæcumque in prædium ruſticum inducentur, & inferentur, eam eſſe conuentionis huius poteſtatem vt pignoris obligatio contrahatur quæ ſit non tantùm generalis, ſed etiam concepta ſub ea veluti condicione, Si quæ res in prædium ruſticum inferentur, vt ſolet pronomen relatiuum iunctum verbo futuri temporis facere condicionem *l. Stichum qui meus erit 6. de legat. 1. l. ſcribit 34. §. vltim. de aur. & argent. legat.* Proinde quandiu

nihil inductum illatúmve eſt, nullam quoque obligationem contractam intelligi, quaſi deficiente conditione, cúmque in arbitrio & poteſtate coloni ſit vt nihil inferat ni velit, fatendum eſt etiamſi poſtea inferre malit, non tamen ex die pacti contractam obligationem intelligi, ſed tantùm ex die illationis & conſequenter anteriorem ideóque potiorem eſſe debere illum, cui medio tempore aliquid ex bonis poſtea inductis & illatis pignori datum fuit; cùm poteſtatiua, vt loquuntur, & promiſcua conditio nunquam retrotrahatur in præiudicium iuris alteri medio tempore quæſiti *d. l. potior in princip. & l. 1. cod. tit. Qui potior. in pignor. hab.* Nec enim pactum de obligandis illatis inducit neceſſitatem vllam inferendi. Propter quam cauſam ſolet pactum hoc in futurum tempus referri, vt omnium apertiſſimè verba illa Iuſtiniani demonſtrant in *d. §. interdictum quoque Inſt. de interd. de rebus coloni quas is pro mercedibus fundi pignori futuras pepigiſſet.* Obligationem ergo & vinculum pignoris in rebus illatis parit illatio, non pactio; ſed tamen nec aliter ipſa illatio quàm ſi priùs de pignore per pactum expreſſum conuenerit, ſcilicet cùm pactum de rebus coloni quæ inferentur generaliter obligandis conceptum eſt, non ad hanc aut illam rem ſpecialiter relatum, vt is ipſe ſupradictus Caij locus demonſtrat *in d. l. potior 11. §. ſi colonus D. qui potior. in pign. hab.* Itaque neceſſaria eſt voluntas domini eiuſdémque locatoris, an ad hoc vt res coloni in prædium ruſticum inducantur & inferantur? Minimè, ſed ad hoc vt iure pignoris teneantur. At quid velle oportet locatorem ad contrahendam iſtiuſmodi pignoris obligationem? An illud ipſum quod modò diximus, vt in prædium ruſticum inducantur, & inferantur res coloni? Minimè. Nec enim ſola illa voluntas pro pactione eſſe poſſet: ſed vt inducantur & inferantur ad eum finem vt ſint pignori obligatæ, id eſt quomodo prudentes noſtri loqui ſolent, vt inferantur pignoris nomine. Quod vtique fieri interdum poteſt etiamſi recentiores non obſeruent citra expreſſam pactionem, conductore ſolo eam ſuam voluntatem verbis declarante, locatore verò ſciente quidem & ita volente, nec aliter locaturo, ſed tamen tacente. Quo caſu pactum quidem ea de re inter locatorem & conductorem interueniſſe intelligitur, ſed tacitum magis quàm expreſſum, ſicut & è contrario, ſi quis fundum ſuum locaturus publicè proſcripſerit & admonuerit non aliter velle ſe ſuum fundum locare quàm ſi omnia quæ in eum inducentur & inferentur pignoris vinculo teneantur pro mercedibus conductionis. Sufficiet enim colonum qui poſtmodum ad conductionem acceſſerit res ſuas in eum fundum intuliſſe, licèt nihil de iis obligandis expreſſim conuenerit, tanquam qui ad conductionem ea lege propoſita oblatam vltrò acceſſerit, nec pactione vlla in contrarium ſibi proſpexerit, quæ res pactum tacitum videri vtique poteſt, at expreſſum non poteſt. Ergo vt Alexandri verba exponamus apertiùs, quod lex ait, *ex voluntate dominorum*, ſic accipiendum eſt ac ſi ſcriptum eſſet *dominis ita volentibus*: ita inquam, id eſt, non tantùm vt res coloni in prædium ruſticum inferantur, ſed etiam quod præcipuum eſt, vt in eam pignoris cauſam inferantur, & ad hoc vt ſint pignori. Quod cùm ita ſit, neque Accurſij & veterum ſententia recipi poteſt, qui ſolam domini ſcientiam ſufficere arbitrati ſunt, neque recentiorum opinio admitti, qui expreſſum pactū exigūt quod initum ſit inter locatorem & conductorē de inductis & illatis omnibus obligandis, ſed media interpretatio ſequenda eſt vt voluntas & neceſſaria ſit, & ſufficiat locatoris, non aliter fundum ſuum loca-

tur:

Digitized by Google

turi: Voluntas autem non quæ permittat conductori res ſuas in fundum inferre, ſed quæ iubeat inferre quicquid inferendum putabit, ea mente & eo fine, vt quod erit illatum, & inductum ſit pignori. Ea porrò voluntas ſicuti plus quàm ſcientia eſt, quia & conſenſum inducit & legem locationi dicit, quæ pars quædam locationis eſt, ita minùs quidpiam eſt quàm pactum expreſſum, ſufficiente quippe tacito, quod partim verbis ex parte locatoris, partim facto ipſo ex parte conductoris res ſuas ea mente inferentis aut contrà, conſtituatur. Quare nec ſatis eſſet voluntatem talem eſſe locatoris, niſi eam conductori ſignificatam eſſe conſtaret. Denique pactum in hanc rem neceſſarium eſt at non expreſſum præciſe ſed vel expreſſum vel tacitum. Sola igitur ſcientia illatarum rerum non ſufficeret, quia neque expreſſi, neque taciti pacti iure cenſeri poſſet, cùm ex ea ſcientia voluntas conſtituendi pignoris inferri nullo modo queat. Dices, quid ergo diſtabit hac parte inter prædium vrbanum & ruſticum? Nam & quæ in prædium vrbanum inuecta & illata ſunt, non alia de cauſa pignoris vinculo tenentur, quàm quia de pignore tacitè conueniſſe videatur *d.l.4.ff.de pact.d.l.eo iure 4.l.licet 6.ff.in quib.cauſ.pign.vel hypoth.tacit.contr.* Hoc enim eſt quod recentiores omnes fefellit, vt differentiam hanc quam negari non poſſe viderunt, aliter tamen explicare non potuerint, quàm vt dicerent ad obligandas res coloni neceſſarium eſſe pactum expreſſum. Sed obſeruare debuerunt, etiam admiſſa noſtra interpretatione manere differentiam illam, quòd in ruſticis prædijs exigimus vt reuera interuenerit pactum aliquod ſi non expreſſum, ſaltem tacitum de obligandis rebus coloni inuectis & illatis: nec habetur hoc pro tacitè conuento ipſo iure. At in prædiis vrbanis videtur hoc tacitè conueniſſe etiamſi reuera neque expreſſè, neque tacitè conuenerit: adeóque quod magis mirum eſt, etiamſi quis ab alio quàm à domino ipſo conduxerit, putà ſi à cenaculario & conductore ſubconduxerit, vt in ſpecie *l.ſolutum 11. §.ſolutam in fin.D. de pignor.act.& l.ſi in lege 24.§.ſi colonus D.locat.* Nam cùm ne quidem ſcientia locatoris neceſſaria ſit, quis dicat aut expreſſè aut tacitè conueniſſe videri eum, qui ignorauit? Siquidem etiam pacta tacita conſenſum exigunt vtriuſque paciſcentium qui ſi non ex verbis, ſaltem ex facto aliquo inducatur: Factum autem nullam voluntatis coniecturam præbere poteſt quin ſaltem ſcientia ſupponatur, cùm ignorantis nullus ſit conſenſus, vt neque errantis, ob hoc ipſum ſcilicet, quòd omnis error habeat ignorantiam *l.ſi per errorem 15.D.de iuriſd.* Ideóque nimirum in locatione prædiorum ruſticorum ſcientiam dominorum exigimus, nec tantùm ſcientiam, verùm etiam voluntatem & quidem expreſſam aut ſaltem probatam, quæ non valdè quidem, ſed aliquatenus tamen diſtet à pacto expreſſo.

ERROR NONVS.

De ratione differentiæ inter vrbana prædia & ruſtica in iure tacitæ hypothecæ.

AT difficilius illud eſt, vnde hæc vrbanorum & ruſticorum prædiorum differentia manauerit. Non enim probare poſſum quod ſupradicto loco tradit Cuiacius, ſumendam eſſe rationem huius differentiæ ex

Digitized by Google

moribus populi Romani, quòd ſolerent in prædiis ruſticis nata pro mercede obligari *l. ſi ſeruus 61. §. locaui D. de furt.* In vrbanis verò inuecta: quaſi id quod erat in more poſitum, vt aliàs ſæpè, in ius paullatim tranſierit, & pro dicto habitum ſit ſicubi dictum non eſſet, præſertim cùm ea quæ ſunt, moris & conſuetudinis, vt alij addunt, ſoleant venire in iudiciis bonæ fidei *l. quòd ſi nolit 31. §. quia aſſidua D. de ædilit. edict.* Nam ſi bona eſſet ratio, nullam conſtitui oporteret inter prædia vrbana & ruſtica differentiam, cùm etiam in ruſticorum conductione eadem pactio de inuectis obligandis interponi olim ſoleret, vt conſtat *ex d. §. locaui & ex d. l. potior 11. §. ſi colonus D. qui potior in pignor. hab.* Nec rurſum placere poteſt quod quidam poſt Accurſium tradiderunt in ruſticum prædium vix alia inuehi ſolere vel induci, quàm quæ ad culturam agri pertineant, cuius generis bona difficiliùs oppignerantur *l. 7. l. pignorum 8. cum Auth. ſeq. C. quæ res pignor. oblig. poſſ.* Quid enim vetat alias etiam res in prædium ruſticum induci? Aut quis poteſt huic quæſtioni locus eſſe niſi earum rerum nomine quæ pignori dari poſſint, ſiue de vrbani, ſiue de ruſtici prædij conductione tractetur? Illa igitur plauſibilior pleriſque viſa ratio eſt, quòd in ruſticis prædijs conſultum ſatis eſſe poſſit locatori per obligationem tacitam fructuum ex ijſdem perceptorum, quos placuit tacitè obligatos eſſe pro mercedibus, etiamſi de ijs obligandis nihil nominatim conuenerit *l. in prædijs 7. D. quib. cauſ. pign. vel hypoth. tacit. contr. l. 3. Cod. eod.* At locatori prędij vrbani qui non ſibi cauit expreſſim de pignore nõ aliter conſultum eſſe poteſt per retentionem, ne per actionem in perſonam quæ multò incommodior eſt litigandum habeat, quàm ſi tacitum pignus in rebus inuectis & illatis conſtituatur, cùm prædiorum vrbanorum fructus non alius ſit, quàm qui per habitationem ab inhabitante ſic percipitur vt poſt perceptionem nuſquam appareat, vnde eſt quod non in ſingulos annos percipi dicitur, vt fructus ruſticorum prædiorum, ſed in ſingulos dies, adeóque in horas penè ſingulas *l. item quæritur 13. §. vltim. D. locat.* De quo tamen plura ſcripſimus *in Error. 1. Decad. 1.* Ex quo apparet pactum hoc quod tacitè interueniſſe creditur locatis vrbanis prædijs, tametſi reuera neque expreſſè, neque tacitè interuenerit; non tam tacitum propriè dici debere quàm præſumptum & à lege ſubintellectum: exemplo eius, quod alibi ſcripſimus poſt Antonium Goueanum, Pupillarem illam quæ ex D. Marci conſtitutione in vulgari expreſſa continetur non tam tacitam dici debere quàm à lege ſubintellectam, cùm neque verbis exprimatur, neque ex eo quod expreſſum eſt inducatur, ſed ex ſola conſtitutionis poteſtate *l. iam hoc iure 4. D. de vulg. & pup. ſubſt.* Nam cùm ne quidem ſcientia locatoris neceſſaria ſit, vt ſuprà argumentati ſumus & probauimus tam ex *d. l. æris 5 C. de locat.* quàm *ex l. ſolutum 11. § ſolutam in fin. D. de pignor. act.* & *d. l. 24. §. ſi colonus D. locat.* quomodo poteſt videri tacitè pactus locator qui ignorauit? Eſt igitur hoc merum priuilegium à iure datum, id eſt, quod à iure magis quàm à contrahentium pacto, ſiue expreſſo, ſiue tacito proficiſcitur. Eiúſque rei non obſcurum at elegans argumentum præbet quod olim hoc ius in ſola vrbe Roma vtrâque tamen & in vtriuſque territorio obtinebat vſque ad Iuſtiniani tempora qui primus conſtituit *in d. l. vlt. C. in quib. cauſ. pign. vel hypoth. tacit. contr.* vt non tantùm in vtraque Roma, id eſt in vetere Roma, & Conſtantinopoli quę etiam Roma dicta fuit, & earum territorio ius hoc obtineret, ſed etiam in prouinciis, in quibus ergo antea non obtinebat. Quidni enim vbique gentium eodem iure locatores

tores

Digitized by Google

tores omnes vterentur, ſi hoc ius ex contrahentium, ſiue expreſſa, ſiue tacita conuentione deſcenderet? An non iuris gentium ſunt conuentiones omnes quæ ex conſenſu, ſiue expreſſo, ſiue tacito proficiſcuntur? *l.1.§.vlt. D. de contr. empt.l.1.D.locat.* Quæ verò ſunt iuris gentium an non gentibus omnibus communia ſunt nec propria vrbis Romæ *l.omnes populi 9.D.de iuſtit.& iur.* Sed & nomen ipſum vrbanorum prædiorum ita rem eſſe demonſtrat vt non alibi quàm Romæ ius hoc fuerit olim obſeruatum. Nec enim vrbana prædia alia dici poſſunt quàm quæ ſunt in vrbe, nec rurſus vrbis appellatio ſi cum prudentibus noſtris loquamur, alij quàm Romæ conuenire, quæ & hodie ſola per antonomaſiam nec immeritò vrbs appellatur.

ERROR DECIMVS.

De ſententia l.vlt.C.in quib.cauſ.pign. vel hypoth. tacit. contr.

ILLVD verò in Iuſtiniani conſtitutione potiſſimùm obſeruatione dignum eſt, quod tamen nemo hactenus obſeruauit, quod ad finem legis ita ſcribit *Tali enim iuſta præſumptione etiam omnes noſtros prouinciales perpotiri deſideramus.* Vt ſignificet illud ipſum quod nos dicimus, pactum hoc quod tacitè interueniſſe creditur de inductis illatiſque in prædium vrbanum obligandis, neque expreſſum, neque tacitum propriè dici debere, ſed præſumptum, quia ius præſumit illud interueniſſe, idque non interpretando ſed ſupplendo: nec probationes tantùm ſupplendo, vt in aliis præſumptionibus euenit quas ideò vel iuris ſolummodò, vel iuris & de iure appellamus, ſed ſupplendo factum ipſum, & repræſentando, vt & aliis quibuſdam caſibus euenit *l. vlt.C.ſi mancip.ita fuer. alien.l. vlt.& tot.tit. D. qui ſine manumiſſ. ad libert. peruen.* Maximè verò cùm agitur de inducendo iure tacitæ hypothecæ, vt pro pupillo *l.pro officio 20.C.de admin.tutor.* aut *pro fiſco l.auffertur 46.§.fiſcus.D. de iur. fiſc.* aut pro pecunia credita ob reſtitutionem ædificij *l.1.ff.in quib. cauſ. pign.* aut tacitæ etiam ſtipulationis pro dote *l.vnic.C. de rei vxor. act.* His enim omnibus caſibus lex ſupplet pactum hypothecæ adeóque quod magis mirum eſt, ſtipulationem ipſam, non vt quæ tacitè interuenerit, ſed vt interueniſſe fingatur. Denique ius hoc tacitæ hypothecæ, quod locatoribus prædiorum vrbanorum datur in rebus inductis & illatis, non tam ex facto aliquo vt cætera pacta omnia tacita, quale illud præſertim de quo *in l.3. C. in quib. cauſ. pign.* quàm ex iuris poteſtate inducitur, vt omnium aptiſſimè, ac elegantiſſimè probat textus Vlpiani *in d. §. ſolutam in fin.& d.l.24. §.ſi colonus locat.* Ob ídque non benè dixerit qui pactum illud quod in eam rem interueniſſe creditur & fingitur, tacitum appellauerit, ſed is demùm qui vel præſumptum ſimpliciter, vel ſaltem tacitum præſumptum. Omne pactum præſumptum tacitum eſt, ſed non viciſſim tacitum omne præſumptum, quia præſumptum taciti ſpecies eſt, non tacitum, præſumpti. Nec poſſum probare interpretationem Accurſij, qui quod Iuſtinianus ait *tali iuſta præſumptione* ſic explicat acſi ſcriptum eſſet *tali ſtatuto & ordinatione.* Aliud enim eſt dicere *iuſtam præſumptionem*, id eſt quæ ſit iuris & ex iure, aliud verò eſt dicere *ſtatutum iuris & ordinationem* quæ huiuſmodi præſumptio;

nem inducat. Placet tamen quod annotatiuncula iſta ſubindicat non dubitaſſe Accurſium, quin ex lege aliqua ius hoc profectum eſſet. Quamquam credibile eſt fuiſſe moribus primùm populi Romani comparatum, potiùs quàm lege aliqua vel alio iure ſcripto: At non tam ob frequentes eiuſmodi pactiones, vt vult Cuiacius, nec tam vt ciuibus potiſſimum Romanis conſuleretur aduerſus inopiam inquilinorum & cenaculariorum quibus plerumque nihil erat niſi lumen vnicum & curta ſupellex, ita vt iis mortuis quærendum eſſet an ex illatarum rerum precio ſepeliri deberent vt *in l. & ſi quis 14. §. 1. D. de religioſ. & ſumpt. funer.* Quàm vt hoc veluti priuilegio vrbana ædificia decorarentur, quo magis ad ornandam & amplificandam ædificiis vrbem ciues inuitarentur. Alioqui ſi ſola pactionum iſtarum frequentia aut inquilinorum inopia ius hoc induxiſſet, neque ſeparanda fuiſſent vrbana prædia à ruſticis in quibus eadem conuentio frequentabatur, vt iam probauimus ex *d. l. ſi ſeruus 61 §. locaui de furt.* ob parem inopiam colonorum *d. l. & ſi quis §. 1.* neq; vrbs Roma à cæteris ciuitatibus, in quibus credibile eſt nō minùs prouidos, cautóſque fuiſſe locatores, vt indemnitati ſuæ proſpicerent, quàm eos, qui prædia in vrbe habebant. Indéque rurſum apparet ſimiliter non illam huius iuris rationem adferri poſſe, quam nos tamen omnium earum quæ adferuntur, probabiliſſimam eſſe diximus, quod in vrbanis prædiis nihil aliud ſit in quo ius hoc tacitæ hypothecæ conſtitui poſſit, præterquàm in iis quæ inducuntur & inferuntur. Nam ſi ratio hæc bona eſſet, æquè debuerat ius illud induci pro locatoribus alibi quàm Romæ prædia ſua habentibus, quibus nec ob id magis cautum eſt, nec eo minùs cautum eſſe deberet. At bona poſſet eſſe ratio ſi quæreremus, Cur non idem priuilegium ciuibus Romanis & habitatoribus vtriuſque Romæ datum ſit pro mercedibus ruſticorum prædiorum. Dici enim poteſt minùs neceſſarium hoc ius fuiſſe in locationibus prædiorum ruſticorum quod aliunde ſatis conſultum eſſe poſſet indemnitati locatorum, data ipſis tacita hypotheca, & quidem vbique gentium, in fructibus qui ex eo fundo perciperentur: Verior tamen meo iudicio illa ratio eſt quæ ſuperioribus omnino ſit conſequens. Quòd cùm hoc priuilegium non tam locatoribus & dominis prædiorum vrbanorum, quàm prædiis vrbanis adeóque vrbi ipſi Romæ ab initio datum eſſet, vt ædificiorum & numero, & magnitudine vrbs clareſceret, non potuit nec debuit ad prædia ruſtica extendi, quorum ſcilicet ornatus præcipuus conſiſtat in fructibus, fructus autem, eorúmque commoda non tam ad vrbis & reipublicæ, quàm ad priuati cuiuſque domini vtilitatem ſpectent. Itaque quòd ad locationem prædiorum ruſticorum attineret, nulla erat olim differentia inter ea prædia quæ à ciuibus Romæ habitantibus prope vrbem poſſidebantur, & ea quæ à prouincialibus in prouinciis, cùm eſſent omnia æquè ruſtica, nulla verò vrbana, præterquàm quæ in vrbe: niſi quòd ad eorum exemplum vrbana appellamus etiam illa quæ ſunt in oppidis *l. vrbana prædia 198. de verb. ſignific.* at non quantum ad hoc priuilegium tacitæ hypothecæ vt conſtat ex *d. l. vlt.* ſed quantum ad cætera, puta ad conſtituendas ſeruitutes vrbanorum prædiorum, quas placuit etiam in ædificiis quæ ruri, & in villa ſint, conſtitui poſſe *l. 1. D. commun. præd.* Ex his porrò intelligimus, quàm improbabilis ſit Accurſij veterúmque ferè omnium illa ſententia, quæ nihil niſi domini ſcientiam exigit vt coloni bona in prædium ruſticum illata pignori teneantur pro mercedibus fundi. Nam ſi voluntas domini neceſſaria eſt ad acquirendum

ius ta-

jus tacitæ hypothecæ in rebus illatis etiam in prædium vrbanum quod ſitũ ſit in oppidis, & vbicũque extra vrbem inſpecto nimirum eo iure quod obtinuit ante nouam Iuſtiniani conſtitutionem *in d. l. vlt.* quantò magis erit neceſſaria ad obligandas eas res quæ in ruſticum prædium inductæ ſint & illatæ? Cùm igitur nullomodo ſint obligatæ, ſi non voluntas aliqua domini aut expreſſa, aut ſaltem tacita interuenerit, quæ probetur, (nullus ſiquidem hoc caſu præſumptioni & fictioni locus eſt, nec vnquam fuit) non poteſt verum eſſe quod pragmatici poſt interpretes volunt, Saluianum interdictum pro iis rebus cõpetere poſſe locatori, cùm nõ aliter competat, quàm ſi pactũ præceſſerit de rebus illis obligandis, vt à nobis diſputatum eſt Decade præcedente *ex d. §. interdictum quoque Inſt. de interd.* Adeò vt nec ſi voluntas domini probetur debeat ea res ſufficere ad Saluianum, quamuis poſſet ſufficere ad Seruianam exercendam *d. l. certi* 5. *C. de locat.* Proinde aliud eſt quærere, an res coloni in prædium ruſticum inductæ & illatæ, hoc ipſo cenſeantur tacitè obligatæ locatori: aliud verò quærere, an earum nomine competat Saluianum, quippe quod ſicuti datur faciliùs quàm Seruiana ex qua parte datur pro rebus omnibus illatis, etiam quarum dominus nec pacti nec illationis tempore colonus fuiſſe probetur quia in hoc interdicto non quæritur de iure pignoris vt in Seruiana, ſed de ſola rerum illatarum poſſeſſione adipiſcenda, ita datur difficilius ex qua parte Seruiana contenta eſt probatione adeóque iuſta præſumptione cuiuſlibet pignoris etiam taciti: Saluianum verò exigit præcedens pactũ, & quidẽ expreſſum, ac proinde omnimodo, omníque caſu probãdũ. Quod ex iis etiã quę proximo capite dicemus apertiùs intelligetur.

ANTONII FABRI I. C. SEBVSIANI, SENATORIS SABAVDIENSIS, ET IN CEBENNENSIS DVCATVS AVDITORIO PRAESIDIS

DE ERROR. PRAGMAT. ET INTERPR. IVR. DECAS LXI.

ERROR PRIMVS.

De Saluiano vtili dando pro rebus inquilini illatis in prædium vrbanum.

NOn dubitant interpretes, quin res inquilini quas ille in prędium vrbanum induxerit vel intulerit, obligatæ ſint tacitè pro penſionibus conductionis: quoniam ita disertè ſcriptum eſt pleriſque iuris noſtri locis, quos proxima Decade citauimus, maximè verò

in l.4 D.de pact.l.2.3.4 5.6.7.D.in quib.cauſ.pign.vel hypoth.tacit. contr.l.5. & vlt. C.eod.l.certi 5.C.de locat. Sed dubitant tamen an earum rerum nomine poſſit locatori competere Saluianum,quamuis non negent competere Seruianam. Dubitādi verò cauſam ex eo ſumunt, quòd certum ſit Edictum Prætoris, de interdicto Saluiano factum,non niſi de colono, & rebus coloni locutũ fuiſſe *§.interdictum quoque Inſt.de interd.l.1.& tot.tit. D. de Saluian.interd.* Verùm hæc res facit duntaxat,ſi pleriſque interpretibus credimus,vt directum interdictũ locatori prædij vrbani competere nequeat, non etiam vt vtile quoque ipſi denegandum ſit.Ita namque Bart.Bald. Salicet.*ad l. 1. C. eod.* & alij quos refert ac ſequitur Iacob.Menoch. *in Remed.3. De adipiſc. poſſ. num.* 51.Quorum omnium ratio qua mouentur, vna illa eſt,quòd licèt verba interdicti ſint tãtùm de rebus illatis & inuectis in prædium ruſticũ vt omnes fatentur, tamen interdicti mens conuenit huic etiã caſui cùm prædium vrbanum locatur, & in illud res inuehũtur:quod vnũ inſpiciendũ eſt cùm quæritur an vtilis actio, aut vtile interdictum reddi debeat ex not.per Gloſ.Bart. Alex.& cæteros, *ad l.curatoris C.de negot.geſt.* Addit Menoch.*num.*52. Etſi verba interdicti verè non ſunt de prædio vrbano, maiorem tamen eſſe rationem vt illata, inuectáque in prędium vrbanum ſint obligata. Cùm præcipuè ob vrbani prædij locationem tacita illa hypotheca ſit inducta,& per conſequens,inquit,interdictum hoc Saluianum ſit introductum.Ex veteribus tamen contrà ſenſerunt Azo,Accurſ.Petr.de bell.Pertic.& Cyn.*in d. l. certi iuris C.de locat.* non magis vtile quàm directum interdictum poſſe competere locatori vrbani prædij, ſed noua ratione, & quam facilè confutant contrariæ opinionis aſſertores: Aiunt enim veteres illi,quos proximè nominauimus, ea quæ illata & inuecta ſunt in prędium vrbanum poſſideri à locatore,qui & domum ipſam poſſidet:Hoc verò interdictum cùm ſit adipiſcendæ poſſeſſionis non dari iam poſſidenti *d.§.interdictum quoque*,vt verò probent inuecta & illata in prædiũ vrbanum poſſideri à locatore,adferunt argumentum ex Vlpiano *in l.ſolutum* 11.*§.ſolutam D.de pignor.act.* vbi ait ille dari pignoratitiam conductori etiam pro rebus illatis & inuectis in prædium vrbanum,nam pignoratitia,inquiũt, non datur niſi pignoris traditio præceſſerit, & conſequenter tranſlatio poſſeſſionis *l.qui pignoris 36.D.de acquir.poſſ. l. cùm notiſſimi §.1. C. de praſcript.30. vel 40.annor.* Rem enim neceſſe eſt interuenire vt pignoratitia poſſit competere,quippe quæ nõ datur niſi ad reſtitutionẽ *§.vlt.Inſtit. quib.mod.re contr. oblig.* Sicut nec ꝓpriè cõtractũ pignus dicimus niſi cùm res trãſit ad creditorẽ *l.ſi rẽ 9.§.propriè D.de pign.act.l.plebs eſt 238.§.pignus de verb.ſignific.* Atqui ſi ratio hæc recta eſſet vtiq;perinde cõueniret ac multò magis illatis à colono in prædiũ ruſticũ,quàm illatis ab inquilino in prædiũ vrbanũ.Quidni.n. æquè à locatore poſſideantur illata in prędiũ ruſticũ, ſi ea quę in vrbanũ illata ſunt à domino poſſidẽtur?Loquimur ſiquidẽ de illatis in prędiũ ruſticũ,quę fuerint pignori obligata,ſiue ꝑ pactũ expreſſum,quod recẽtiores noſtri exigunt,ſiue per ſolam ſcientiam,vt voluit Accurſius,ſiue per qualemqualẽ domini volũtatem,dummodò probatam,vt nos exiſtimamus. Cúmque hoc plus ſit in obligatione illatorum in prędium ruſticum,quod ſaltem ſcientia domini neceſſaria eſt,quę non exigitur in obligandis iis quę in vrbanum prędium ſunt illata,nulla certè cauſa eſt,cur illata in prædiũ ruſticũ minùs poſſideri à locatore videantur quàm quę in vrbanũ.Nam vt benè Menochius argumẽtatur, fieri nullo modo poteſt vt locator qui ignorat quid illatũ & inuectũ ſit inci-

piat

Digitized by Google

piat poſſidere *l.3.§.Nerua D.de acquir.poſſ.*Ea porrò quę in prędiũ ruſticũ etiã ſciẽte ac volẽte domino inducta ſunt, vt eſſent pignori, à locatore nõ poſſideri ex eo intelligimus quod ad eorũ poſſeſſionẽ adipiſcẽdã cõparatũ eſt Saluianũ, cùm ſit interdictum adipiſcẽdę poſſeſſionis. Multò igitur minùs poſſideri dicẽda ſunt ea quę in prędiũ vrbanũ ſiue ſciente, ſiue ignorante domino inuehũtur. Nec quod pignoris vinculo teneãtur, ad rem facit. Nã ſi nullũ pactũ interceſſerit, quod neq; neceſſariũ eſt, nõ tã pignus illud dici debet, quàm hypotheca, cuius certũ eſt poſſeſſionẽ nullã trãſferri in creditorẽ, *dict.§.propriè.* Ius.n.hoc taciti pignoris ſola iuris poteſtate inducitur, vt diximus in præcedentib. *ex l.vlt.C. in quib.cauſ.pign.vel hypoth.tacit.contr. & ex dict. l.ſolutum 11.§. ſolutã D. de pignor.act.* Ius autẽ noſtrũ nũquã ſine facto hominis transfert poſſeſſionem *l.cùm heredes 23.D. de acquir. poſſeſſ.* quæ ſcilicet non iuris ſed facti eſt *l.1.§.ſi vir vxori eod.tit.l.denique 19. D.ex quib.cauſ.maior.* Quòd ſi pactum de obligandis rebus inquilini expreſſum interuenerit non eo minùs hypotheca dici debebit potiùs quàm pignus propriè ſumptum, quoniam ſecuta illatio non eo animo fit vt rerum illatarum poſſeſſio in creditorem transferatur, ſed tantùm vt creditori cautum ſit earum incluſione ac retentione ſi penſio non ſoluetur *l.pen.D.in quib.cauſ.pign.vel hypoth.tacit.contr.l.cùm domini 56.D. locat.l. ſi iniurię 20.D.de iniur.* Et ad hunc demum caſum referri debet quod de pignoratitia actione etiam pro rebus inuectis & illatis danda ſcriptum eſt *in d. §.ſolutam.* Nullo igitur alio caſu dici poteſt res ſiue ab inquilino, ſiue à colono illatas poſſideri à locatore, qui licèt ædes ſuas poſſideat non ideò tamen poſſidet res illatas, quippe quæ nec ſunt pars ædium, & quas conductor non pro alieno poſſidet, quomodo prædium à ſe conductum *l. pignori 13. D. de vſucap.* ſed pro ſuo. Sed quamquam ratio illa qua Cynus potiſſimùm mouebatur falſa eſt, numquam tamen dubitaui quin eius ſententia vera eſſet. Nullo enim iuris noſtri loco ſcriptum video, competere Saluianum pro rebus inquilini, quas ipſe in prædium vrbanum inuexerit. At quibus locis de Saluiano interdicto quæritur, non niſi de colono tractari, & de rebus coloni, quas is pro fundi mercedibus pignori futuras pepigiſſet. Maximè verò *in d. §. interdictum quoq; Inſt.de interd.* qui omniũ apertiſſimus locus eſt de natura & cõdicione Saluiani interdicti: itémq; *in l.1.& 2.D.de Saluian.interd.* in quibus tametſi pleræq; ſpecies proponantur ad Saluianum interdictum pertinentes, omnes tamen ſunt de colono, nulla penitus de inquilino, ex quo apparet nõ modò verum illud eſſe quod omnes fatentur, edicti verba quibus interdictũ illud propoſitũ fuit de colono tantùm, déque coloni rebus fuiſſe, ſed & Prætoris mentem illã extitiſſe vt colonis ſolis faueret, non etiam inquilinis. Alioqui cur non generaliter de conductoribus omnibus prædiorũ & vrbanorũ, & ruſticorum locutus fuiſſet? Aut cur non potiùs de locatoribus vrbanorũ, qui & in eo plus iuris habẽt quã locatores ruſticorũ, quod tacitę hypothecę ius datũ illis eſt in reb.illatis, non etiã locatorib.ruſticorũ? Nõ ergo alia ratione factũ id videri poteſt, quàm vt incluſio vnius eſſet excluſio alterius, nec dubitare quiſquã poſſet, quin de reb.in prędiũ vrbanũ illatis Saluianum dari minimè deberet. Neque bona Menochij argumentatio eſt, vt ob id ſolùm maior ratio ſit dandi Saluiani pro reb. inquilini quòd eas locator tacitè obligatas habeat, quaſi ad inducendum Saluianum nihil niſi ius aliquod præcedẽtis pignoris, ſiue expreſsi, ſiue taciti exigatur. Veriſsimum enim eſt, quod nos tota ſuperiore Decade probauimus, Saluianum induci non tam ex iure

Digitized by Google

quàm ex pacto expreſſo pignoris,vt cætera interdicta omnia factum aliquod ſemper exigunt,aut ex parte illius,qui interdictum poſtulat,aut ex parte illius contra quem poſtulatur. Quare ſi ponas nullum de obligandis coloni rebus illatis pactũ expreſſum interceſſiſſe, ſed tantùm voluntatẽ aliquã locatoris, qualẽ ſufficere poſſe diximus in ſuperioribus,ad eas res pro mercedibus fundi obligandas nõ facilè patiar dari Saluianũ locatori,cui poteſt imputari cur nõ pepigerit de ipſis obligandis *d.§. interdictum quoque*,ſicut nec interdictum De migrando alij competit,quàm ei, qui expreſſim conuenit de pignore *l. 1. D. de migrand.* Hoc verò cùm ita ſit,facile eſt videre cur pro rebus inquilini in prædium vrbanum illatis,quæ tacitè iuſtáque tantùm præſumptione pignori obligatæ eſſe intelliguntur, Saluianum competere non poſſit, neque directum,neque vtile, nempe quia non ſufficit ad inducendum Saluianum quòd ſint obligatæ,niſi etiam illud concurrat vt per expreſſam conuentionem obligatio illa contracta ſit.

ERROR SECVNDVS.

Cur Saluianum directum non detur locatori pro rebus inquilini illatis & expreſſim obligatis.

AT cùm non ſemper ceſſet expreſſa pactio in rebus illatis in prædium vrbanum, nihilque vetet etiam vrbani prædij locatorem expreſſim paciſci de pignore, vt conſtat ex *d.l.1. de migrand.* Id vnum me malè habet, quænam ratio ſit cur eo ſaltem caſu quo expreſſum pactum interuenerit,Saluianum tamen locatori denegetur, Cúrque in hoc deterioris condicionis ſint locatores vrbanorum prædiorum, quàm locatores ruſticorum, cùm ex iure illo tacitæ hypothecæ quod ipſis ſolis datum eſt appareat melioris condicionis eſſe illos debere,etiam cùm cætera non ſunt paria, quantò magis paribus cæteris? Puto ego,niſi me fallo,nullam de rebus mobilibus ab inquilino in prædium vrbanum illatis comparatam eſſe actionem, neque ciuilẽ,neque prætoriam,neque de poſſeſſione,neq; de iure pignoris, hoc eſt neq; Saluianũ interdictũ,neq; Seruianam,quia neque fuit neceſſarium,neq; vtile publicè in eo ſe interponere Prætorẽ, quod iã ſatis & abũdè cautũ eſſet locatori data ei retentione rerũ illatarũ ſi aut nõ appareret inquilinus, aut in pẽſionis ſolutione ceſſaret, cùm nemo dubitet quin habeat locator ius retẽtionis & detẽtionis non ſolùm ſi nullũ aliud pignus habeat locator quã quod à iure præſumptũ eſt,quódque conuentũ accipitur vt loquitur Vlp. *in l.licèt 6. D.in quib.cau. pign.vel hypoth.tacit.contr.* id eſt,pro cõuẽto cautóq; habetur *l.vlt. C.eod.* Sed etiã,ac multò magis ſi expreſſim de pignore cõuenerit,nõ tã quod melius & cõmodius ſit retinere quàm agere & experiri (nec enim nouum eſt vt qui ius habet retinendi,habeat etiam ius agendi) quàm quia imputari poſſit locatori,cur illata in prædium adduci per cõductorem & auferri paſſus ſit cùm per eorum retentionem poſſet ſibi conſulere,ac petere vt diſtraherẽtur, ſibiq; ex precio ſolueretur, *d.l.penult.eod.d.l.1. D.de migrand.d.l.cùm domini 56. D.locat.l.ſi iniuria 20.D.de iniur.* Eo namq; nõ facto quod fieri potuit,& debuit, quid ei poſſis imputare qui res illatas emit bona fide,ſiue obligatas ſciuerit, ſiue ignorauerit? An nõ iuſtã & probabilẽ cauſã habuit exiſtimãdi vẽditionẽ illã fieri nõ reluctãte locatore,& quaſi ſolutis locatori pẽſionib.propter quas
ali-

Digitized by Google

alioqui ius ſuum exequi, ac prædij vrbani oſtium præcludi, ſignaríque vt iuberetur impetrare potuiſſet? Cur ergo pateretur Prætor inquietari eum per Seruianam? De Saluiano enim non eſt quod quicquam addamus, cùm numquam detur illud contra extraneum poſſeſſorem vt ſuperiore Decade oſtendimus ex *l.1.C.de precar.& Saluian.interd.* Et verò conſtat bonorum mobilium illam eſſe condicionem, vt eorum poſſeſſio faciliùs amittatur, quàm immobilium, adeóque ob neglectam ſolummodò ipſorum cuſtodiam *d.l.3.§. Nerua filius l.peregrè 44.in princip.& in fin.l.ſi rem mobilem 47.D.de acquir.poſſ.* Et conſequenter eadémque facilitate ius pignoris quod in ijs cum poſſeſſione ipſa fuerit acquiſitum, vt quemadmodum pignus propriè non eſt niſi cuius poſſeſſio tranſit ad creditorem *d.l.ſi rem 9.§.propriè l.cùm & ſortis 35.§.1.D.de pignor.act.* Ita & pignus eſſe deſinat non quidem ſtatim atque amiſſa poſſeſſio eſt, ſed ſtatim atque neglecta fuit eius retentio: quoniam perinde nuda creditoris voluntate liberatur pignus, atque ſola poſſidentis voluntate poſſeſſio amittitur *l.4.§.1.& l.ſeq.& paſſ.D.quib.mod.pign.vel hypoth.ſoluit. l.ſi quis vi 17. §.differentia D.de acquir.poſſ.* Vnde & ius illud profectum videtur, quod Gallicanis moribus inductum gallico iactatur prouerbio *Meubles n'ont point de ſuyte en hypotheque*, Mobilium in extraneum tranſlatorum nullam eſſe perſecutionem per hypothecariam, quamuis ius hoc Gallicanum & conſuetudinarium à iuris ſcripti ratione abhorreat *l.1. D. de diſtr.pignor. l.ſi creditor 28. D.de pignorat.act.* vbi tamen obſerua verba illa *ei debitor* abundare. Rectè verò *per hypothecariam* quia per directam dominij vindicationem ea perſequi dominus non prohibetur, etiamſi à tertio poſſideantur, nimirum quoniam dominij amiſſio longè difficilior eſt, quàm aut pignoris aut poſſeſſionis *d.§. differentia.*

ERROR TERTIVS.

De interdicto vtili De migrando quod dant interpretes etiam colono.

HÆc omnia eò ſpectant vt intelligamus actionem nullam competere, neque dari debuiſſe locatori vrbani prædij in res ab inquilino illatas, quia licèt verum ſit quod ſuprà diximus res iſtas illatas eo ignorante, in ipſius tamen poteſtate eſt vt incipiat eas poſſidere cùm volet, prohibendo ſcilicet, ne quid ex ijs conductor abducat & auferat quouſque penſio plenè ſoluta ſit aut eius nomine aliter ſatisfactum, quod vtique facere ſuo iure poteſt, atque ita conductoris ſui poſſeſſionem interuertere, eámque ob cauſam fuit neceſſarium inquilino auxilium edicti prætorij ex qua parte propoſitum fuit interdictum de migrando, quo prætor vetat vim fieri inquilino quominùs liceat ei abducere res illatas in prædium vrbanum ſi modò ſoluerit penſionem locatori aut aliter eo nomine ſatisfecerit *dict.l.1. D.de migran.* Nec quod edicti verba eum nominatim caſum demonſtrent, quo de pignore expreſſim conuenerit facere poteſt, vt videri debeat ceſſare interdictum in illatis rebus tacitè duntaxat obligatis. Cur enim melior ſit condicio locatoris qui non cauit ſibi nominatim de pignore, quàm eius qui expreſſim cauit? Neque verò fuit neceſſe id exprimi verbis edicti quod non pro lo-

Digitized by Google

catore vt in Saluiano interdicto, ſed contra locatorem pro inquilino proponebatur. Non enim putauit prætor ſuccurrendum locatori qui ipſe ſibi ſatis conſulere per retentionem poſſet aduerſus inquilinum, ſed potiùs inquilino aduerſus locatorem, ſi fortè is iure iſto retentionis etiam poſt ſolutam penſionem abuti vellet, ad comminiſcendam vim & iniuriam inferendam inquilino. Sicut è contrario non putauit ſuccurrendum colono per interdictum illud *De migrando d.l.1.§.1.* quamuis ſubuenerit locatori aduerſus colonum Saluianum. Quod ipſum tamen magis mirari quis non immeritò poſſit: nam cùm Prætor eum caſum demonſtrauerit quo nominatim conueniſſet de pignore, nec quiſquam dubitet quin etiam illata in prædium ruſticum perinde obligari poſſint expreſſa conuentione, atque illa quæ inuehuntur in prædium vrbanum, cur non æquè fuit neceſſarium interdictum colono, atque inquilino? vt nimirum prohibeatur dominus fundi vim ei facere, quominus res ſuas illatas poſſit abducere & auferre ſoluta demùm mercede. Sed reſpondendum eſt, ideò non fuiſſe neceſſarium interdictum colono, quia non poterat prohiberi ne res illatas aufferret, niſi propoſita priùs contra eum Seruiana actione, vel impetrato Saluiano, cùm non quemadmodum in prædijs vrbanis, ita in ruſticis vnquam permiſſum fuerit locatori obſtruere oſtium & præcludere ac obſignare prædium ad interuertendam coloni poſſeſſionem: hoc ipſum verò illam ob cauſam, quòd ita fieri non poterat, quin agricultura impediretur: cui ſanè incommodo prouidendum & occurrendum fuit, potiùs quàm permittendum, vt prætore authore, vel iure permittente id fieri videretur. Et ob eam quoque rationem fuerunt neceſſaria contra colonum auxilia & Seruianæ actionis, & Saluiani interdicti, quæ contra inquilinũ propter illam quàm habebat dominus præcludendi vrbani prędij poteſtatem, neque neceſſaria, neque commoda & vtilia eſſe potuerunt. Et contrà igitur fuit pari ratione neceſſarium inquilino interdictum De migrando, quod non fuit neceſſarium colono, nec tamen poſſunt ſibi temperare interpretes, qui rationes iſtas aut inquirere voluerunt, aut inuenire non potuerunt, quin dent etiam colono vtile interdictum De migrando, ſicut & contra inquilinum vtile Saluianum, quaſi in vtraque edicti parte eadem coloni ratio ſit, & inquilini: quod ſi ita eſſet, quæro cur Prætor in proponendo interdicto De migrando inquilini duntaxat meminiſſet? Rurſum cur de colono tantùm, déque rebus coloni propoſuiſſet Seruianam, & interdictum Saluianum? Quemadmodum igitur quod Vlpianus ſcribit *in d.l.1.§.1.de migrand.* Interdictum illud colono non competere, ita omnino accipiendum eſt vt nullomodo competat, id eſt, neque directum, neque vtile, ne alioqui nullius effectus ſit ea Vlpiani ſententia cùm inter directum & vtile interdictum effectu ipſo nihil interſit, vt neque inter directam & vtilem actionem *l.actio 47.ff.de negot.geſt.* Ita quod ſcriptum eſt *in §.item Seruiana Inſt.de action. & in §.interdictum quoque Inſtit. de interd.* Seruianam propoſitam eſſe de rebus coloni quæ pro mercedibus fundi vinculo pignoris tenentur, & Saluianum interdictum dari ſimiliter de rebus coloni quas is pro mercedibus fundi futuras pignori pepigiſſet, non alium ſenſum habere poteſt, quàm hunc quem nos volumus, vt in illis remedijs proponendis de ſolo colono prætor ſenſerit, & de coloni rebus tantùm, non etiam de inquilino aut de rebus inquilini, ac proinde vt neque contra inquilinum, neque aduerſus res inquilini aut actio Seruiana aut Saluianum interdictum exerceri poſſit, nec magis vtilis Seruiana quàm directa, vel vtile

Saluia-

Digitized by Google

Saluianum quàm directum. Alioqui, cùm negari non poſſit quin aliqua ſit actio prodita quæ quaſi Seruiana, vel vtilis appellatur, An non debuerat quaſi Seruiana ea primùm dici & per antonomaſiam, quæ maiorem cum Seruiana ſimilitudinem haberet? An non verò illa eſſet, quæ de rebus inquilini, ſiue aduerſus inquilinum ipſum, ſiue aduerſus poſſeſſorem extraneum accõmodaretur? Quis enim colono ſimilior, quàm inquilinus? Semper quippe paſſu pari ambulant, niſi cùm lex eorum iura diſertè ſeparat & diſcernit. Atqui nihil tale vſpiam traditum reperias. Quaſi Seruianam enim definit Iuſtin. *in d. §. item Seruiana*, qua creditores pignora hypothecáſve perſequuntur, quæ & ideò hypothecaria appellatur.

ERROR QVARTVS.

De vtili Seruiana contra inquilinum, aut contra extraneum de rebus inquilini.

DICES, Quidni ergo etiam locatori prædij vrbani competet quaſi Seruiana, vt res in prædium ſuum illatas ab inquilino, & pro penſionibus ſaltem tacitè obligatas ac multò magis ſi expreſſa pactio interuenerit, communi creditorum, omnium iure, retentóque communi ſi non Seruianæ, ſaltem quaſi Seruianæ actionis, nomine perſequatur? Reſpondeo eſſe in hoc deteriorem locatoris vrbani prædij condicionem, quàm cæterorum creditorum pignus aliquod ſiue expreſſum ſiue tacitum habentium, quòd ius ſuum exequi nec aliter nec priùs poteſt, quàm ſi prædium in quod illatæ ſunt res inquilini præcludi & ſignari curauerit ad extorquendam penſionis ſolutionem. Nam ſicuti hoc facto ſibi tam benè tutóque conſulit vt nulla ſubinde actione egere poſſit, ita non facto eo, id eſt ſi patiatur res inquilini antea illatas in prędium abduci inde, & auferri ius ſui pignoris remiſiſſe intelligitur non ſecus acſi eo tempore quo conuenit expreſſim de pignore, vel quo res illatæ ſunt, conueniſſet nominatim vt tamdiu duntaxat eſſent pignori, quandiu in prædio vrbano detinerentur, cùm nullam hæc interpretatio faciat iniuriam locatori in cuius poteſtate eſt facere, ſi ius ſuum exequi velit, vt detineantur perpetuò in id vſque tempus quo ſit pleniſſimè ipſi ſatisfactum. Quod quoniam non ſimiliter de locatore prædij ruſtici dici poteſt, quis iam miretur conſultum ei fuiſſe per actionem & per interdictum, cui non poterat conſultum eſſe per retentionem? Aut quis pro locatore vrbani prædij exigat actionem, vel interdictum cùm poſſit ille ſibi multò commodiùs & expeditiùs per retentionem conſulere? Neque malè poſſit quis ad hunc caſum aptare quod vulgari noſtrorum iactatur brocardico, eum qui in vno grauatur, in alio releuari oportere, & contrà *vulg. l. eum qui* 30. *D. de iureiur.* Grauatur in hoc inquilinus magis quàm colonus vt penſionis non ſolutæ nomine percludi poſſit, quomodo loquitur Paulus *in d. l. pen. D. in quib. cauſ. pign. vel hypoth. tacit. contr. & in dicta leg. cum domini* 56. *D. locat.* vbi de horreis & inſulis tantùm tractat, id eſt de prædiis vrbanis, de quibus etiam Modeſtinus *in l. ſi iniuria* 20. *D. de iniur.* Proinde illum releuari æquum eſt in eo vt poſt abductas & ablatas non reluctante locatore res quæ priùs in vrbanum prædium illatæ fuerant, neque Seruianam amplius timendam habeat, neque Saluianum, ſed ſola perſonali actione conueniri poſſit, niſi ponas obligaſſe ipſum vt hodie fieri adſolet, non tantùm inuecta & illata, ſed generaliter bona ſua omnia,

Digitized by Google

Quo caſu ſicut illatio nihil prodeſt ad obligationem pignoris, ſiue conſtituendam, ſiue perficiendam, ita nec abductio & ablatio nocere poteſt ad finiendum ius pignoris: quod vt perpetuò duret, ſufficit fuiſſe res illas in bonis inquilini tempore conductionis, cùm non fuerint obligatæ tanquam illitæ, ſed tanquam bona debitoris: quæ ratio perpetuam facit obligationem ſemel benè conſtitutam. Cui tamen conſequens eſſe nolumus, vt res illatæ in prædium ruſticum & expreſſim obligatæ, deſinant pignoris vinculo teneri ſtatim atque fuerint abductæ & exportatæ. Etſi enim non tam conuentio pignoris quæ præceſſit, quàm ſecuta illatio facit vt oppignoratæ cenſeantur, *d.l.potior 11.§.ſi colonus D.qui potior.in pignor.hab.* Certum tamen eſt manere illas obligatas etiam poſtquàm inde ablatæ ſunt, ideóque ipſarum nomine aduerſus extraneos quoque competere Seruianam *l.1.& 2.D de Saluian. interd.* Quoniam illationis effectum hoc caſu perpetuum eſſe oportet, vel ob id maximè quòd cùm in poteſtate locatoris prædij ruſtici non ſit facere, vt res perpetuò durent illatæ, id eſt quouſque ſoluta ſit tota penſio, eſſet alioqui in poteſtate conductoris abducendo quandocumque, & auferendo inde res illatas, efficere vt bene contracta pignoris obligatio, creditore inuito & ante ſolutam penſionem finiretur, quod & abſurdum & iniquum eſſet *l. debitorem 15. C. de pignor. l.nec ei 17. §. 1. D. de adopt. l. ſi ſeruum 91. §. videamus D. de verb. obligat.*

ERROR QVINTVS.

De Saluiano pro fructibus perceptis ex prædio ruſtico. Et ad l.ſi ſeruus 61. §. locaui. D. de furt. & ad l. pen. D. in quib. cauſ. pign.

DE fructibus à conductore perceptis ex fundo & prædio ruſtico dubitant etiam interpretes an competat Saluianum. Et quamuis nullo iuris loco ſcriptum ſit competere, magis tamen eſſe putant vt competat, Vnica illa & perpetua ratione, qua & mouentur perpetuò, & decipiuntur. Quòd fructus illi etiam citra expreſſam conuentionem tacitè ſint obligati pro mercedibus fundi *l. in prædiis 7. D. in quib. cauſ. pign. vel hypoth. tacit. contr.* Supponunt enim pro vero & conſtanti, aliud nihil requiri ad inducendum Saluianum, quàm vt ea res cuius nomine interdictum proponitur ſit pignori obligata. Atque ita & argumentatur & concludit Iacob. Menochius, qui omnium diligentiſſimè vniuerſum hunc tractatum de Saluiano interdicto proſecutus eſt *Remed. 3. adipiſc.poſſ.quæſt. 16. num. 113.* vbi addit pro ſententiæ ſuæ confirmatione, non poſſe dubitari quin conductor fructus iſtos poſſederit, quod etiam putat ille omnimodo neceſſarium eſſe, vt eorum nomine ſiue contra ipſum conductorem, ſiue aduerſus extraneum exerceri Saluianum poſſit: Nos verò docuimus in præcedentibus, neque eſſe neceſſarium vt debitor conuentionis tempore poſſederit eas res de quibus Saluianum proponitur, cùm ſit hoc remedium adipiſcendæ poſſeſſionis, non retinendæ aut recuperandæ: neque ſufficere vt res illæ fuerint obligatæ pignori, ſi non illud etiam concurrat vt expreſſa conuentio præceſſerit de iis obligandis: *Ex §. interdictum quoque Inſt. de interd.*

Digitized by Google

interd.l.1.D.de migrand. Itaque tametſi fructus percepti ex prædio ruſtico tacitè obligati ſint etiam citra conuentionem, non eſt tamen bona conſecutio ſi quis ex eo inferat, poſſe igitur pro illis Saluianum dari, niſi ponas expreſſum pactum de iis obligandis interueniſſe. Sed & pacto expreſſo interueniente, nego poſſe Saluianum competere pro huiuſmodi fructibus, quippe quòd conſtat non de aliis rebus competere quàm de rebus coloni in prędium ruſticum illatis & inductis, in quo numero certè non ſunt fructus à colono percepti, nec ſi in horreo reconditi proponantur: quia non ideò in horreum inferuntur, vt ſint pignori locatori, ſed vt aſſeruentur primùm, deinde ſuo tẽpore diſtrahantur lucro & commodo conductoris; Cui alioqui non liceret eos fructus inde aufferre, ac vendere, ſi non locatoris quoque conſenſus interueniret, quin hoc ipſo furtum facere diceretur, eo ſaltem caſu quo expreſſum de iis obligandis pactum præceſſiſſet, *l. ſi ſeruus 61. §. locaui D. de furt.* Deinde ceſſat in his fructibus ratio, quæ induxit, neceſſitatem proponendi Saluiani de rebus coloni. Ratio enim, vt diximus, non alia fuit quàm quòd ſuccurrendum videretur locatori ſiue per actionem Seruianam contra quemcunq; poſſeſſorem, ſiue per interdictum Saluianum aduerſus conductorem, cùm ille ſibi ipſi conſulere per retentionem non poſſet, obſignando & præcludendo prædium ruſticum, quomodo poſſet facere locator prædij vrbani. *l. pen. D in quib. cauſ. pign. vel hypoth. tacit. contr. l. cùm domini 56. D. locat. l. ſi iniuria 20. D. de iniur.* Atqui quod ad fructus iſtos pertinet, æquè ſibi per retentionẽ proſpicere locator poteſt, acſi de rebus in prędium vrbanum illatis ageretur, quia quandiu non ſunt ſeparati à ſolo, ſunt fundi, & ideò poteſt locator ſi velit iure ſuo, & tanquam dominus prohibere ne conductor qui iam in ſoluẽda penſione moram fecit, eos percipiat: Poſteaquàm verò ſeparati ſunt à ſolo, & à conductore percepti, licèt neque fundi partem conſtituant, neque ad locatorem proinde dominij iure pertineant ſed ad conductorẽ tanquã qui eos ex locatoris eiuſdémque domini voluntate perceperit, adhuc tamẽ durat ius locatoris vt prohibere poſſit, ne priuſquàm ſoluta penſio ſit, exportentur: Adeò vt nec prohibitio illa neceſſaria ſit, ſed ſufficiat clam exportatos à conductore fructus eſſe, id eſt, nulla denunciatione facta locatori, cui ea res denunciari debuerat (id enim demum eſt clam facere *l. 3. §. pen. & vlt. D quod vi aut clam.*) vt hoc ipſo conductor furtum feciſſe videatur *d. §. locaui.* Ex quo loco apparet plus iuris hac parte habere locatorem in fructibus prædij ruſtici iam perceptis à conductore, quàm habeat locator prædij vrbani in rebus quas inquilinus in prædium vrbanum inuexerit. Nec enim vllo iuris loco proditum eſt inquilinum furti actione teneri, ſi res in prædium vrbanum illatas abſtulerit vel abduxerit ante ſolutam penſionem, & citra denunciationem, tametſi expreſſa conuentio pignoris præceſſerit, ſed hæc ſola inter tacitum & ſpecialiter expreſſum pignus differentia hac parte conſtituitur, *in d. l. penult. D. in quib. cauſ. pign. vel hypoth. tacit. contr.* quod ſeruum inductum in prædium vrbanum, licèt omnimodo ſaltémq; tacitè obligatus ſit, non tantùm alienare inquilinus poteſt, ſed etiam manumittere, quem tamen ſi ſpecialiter obligatus eſſet manumittere nullomodo poſſet: nõ dico *ſi expreſſim*, vt quidã interpretantur, ſed *ſi ſpecialiter*, atque ita intelligo quod in *dict. l. penult.* ſcriptũ eſt *manifeſtarij pignoris nomine tenentur.* Siue enim cum Haloandro legas *manifeſtaria*, vt referas ad dictionem illam præcedentem *ex conuentione*; ſiue vt vulgò, *manifeſtarij pignoris*, ſenſus idem eſt, & manifeſtaria conuentio pignoris

Digitized by Google

aut conuentio pignoris manifeſtarij illa demũ eſt quæ nõ tantùm expreſſim ſed etiam ſpecialiter rem afficit, cùm in generali conuentione pignoris plerunque obſcuri aliquid inſit, propter quod dubitari probabiliùs poſſit an hoc aut illud contineatur. Et quamuis generalis conuentio pignoris poſſit eſſe manifeſta, non tamen æquè manifeſtaria eſſe poteſt, ac ſpecialis. Poteſt verò cõuentio pignoris expreſſa eſſe, nec tamen ſpecialis, puta ſi ſit generalis.

ERROR SEXTVS.

De ſententia l. pen. D. in quib. cauſ. pign. tac. contr.

ERRANT itaque in hoc noſtri vulgò interpretes qui quod ſcriptum eſt *in d. ct. l. penult.* ſic intelligunt, quaſi Paulus moneat magnam eſſe differentiam inter ea, quæ tacitè, & ea quæ expreſsè obligata ſunt pro prædij vrbani penſione, cùm è cõtrario nõ diſtinguat Paulus an quæ obligata ſunt propter penſionem, obligata ſint expreſsè an tacitè, ſed an quid obligatũ ſit propter penſionem quoquomodo, & indiſtinctè, id eſt, ſiue expreſsè, ſiue tacitè, an verò ex conuẽtione manifeſtaria & ſpeciali ex alia ſcilicet quàm penſionis cauſa, vt priore caſu non prohibeatur manumiſſio ſerui, ſi modò antè manumiſſus ſit, quàm dominus idémque conductor penſionis nomine percluderetur, poſteriore verò caſu prohibeatur, quod & Marcianus ſcripſit non iiſdẽ verbis ſed eodem penè ſenſu *in l. ſi quis non obligatum 6. D. qui ſine manum. ad l.bert. perueu.* Niſi quod Marcianus non opponit, quomodo Paulus, ſeruum obligatum propter penſionem ſiue expreſsè ſiue tacitè, ſeruo ſpecialiter obligato ex alia cauſa: ſed ſeruum nõ obligatum niſi generaliter ſeruo ſpecialiter obligato, quaſi nec videatur obligatus quodammodo ſeruus, qui generaliter tãtùm obligatus eſt, *l. in fraudem 27. §. 1.* iunct. *l. generaliter 29. D. qui & à quib. manumiſſ.* Verùm hæc ipſa ſi effectum inſpicias, ſolo verborum ſono inter ſe diſtant: quia pro penſione vrbani prædij poſſunt quidẽ illata obligari nõ modò tacitè, ſed etiam expreſſè: at ſpecialiter vix vnquam poſſunt: Quãdoquidẽ ſolet conuentio præcedere illationẽ, fierique eo tempore quo cõtrahitur locatio, ac proinde antequàm inquilinus res ſuas inferat, habeátve ius inferendi. Nec tam afficiuntur res illatæ & inuectæ per conuentionis poteſtatem, quàm per illationem cùm neq; actũ ſit vt aliter obligarentur, quàm ſub ea veluti condicione ſi inferrentur *l. potior 11. §. ſi colonus D. qui potior. in pignor. hab.* Niſi poneres inter locatorem; & conductorem expreſſim conueniſſe non tãtùm vt quandocunque illata & inducta obligarentur, ſed etiam vt hoc & illud inferretur, hic vel ille ſeruus induceretur: quod tamen vix eſt vt vnquam eueniat, nec niſi valde in[illegible]ua poſſet videri conuentio eiuſmodi, & cõductori oneroſa. Exemplum ſane talis cõuentionis nullum, quod ſciam, in libris noſtris extat. Itaque bene Paulus *in d. l. pen.* poſtquàm oppoſuit ea quæ propter penſionem obligata ſunt, iis quæ per conuentionem manifeſtariam & ſpecialem ſint obligata ex alia cauſa, opponit ſubinde mancipia obligata pignori hoc eſt ſpecialiter oppignorata, ſeruis inhabitantibus in prędio vrbano, nõ quòd habitationis intuitu ſerui non niſi tacitè obligati ſint locatori (quid. n. vetat eſſe obligatos etiã expreſsè?) Sed vt intelligamus ſiue expreſsè illi obligati ſint, ſiue tacitè, non tamen niſi generalẽ obligationẽ illã eſſe, ſpecialẽ verò non

Digitized by Google

rò nõ eſſe,qualẽ oporteret eſſe ad ſeruum obligatũ adeò afficiendũ vt manumiſſio impediretur. Proinde inter tacitã & expreſſam pignoris obligationẽ quantũ ad ea quæ in prædiũ vrbanũ inferuntur, aut inducuntur,nihil penitus intereſt,ſed inter generalẽ & ſpecialẽ pignoris conuentionẽ multũ diſtat,dixi,quantũ ad ea quæ in prædiũ vrbanũ inferũtur,& inducũtur, quoniã in iis quæ à colono in prædiũ ruſticũ inuehuntur,valde refert an expreſſa,an tacita præceſſerit cõuentio pignoris de illatis obligandis,non ſolùm ſi de Seruiana tractemus,ſed etiã ſi de Saluiano interdicto,quia neutrũ remediũ cõpetit locatori ſi nõ expreſſim cõuenerit de pignore, vtrũq; verò cõpetit ſi cõuenerit expreſſim,quãdoquidẽ nec pignus vllũ hoc caſu tacitè cõtrahitur,vt probauimus in ſuperiorib.Sed & in eo rurſũ alia ratio eſt inquilini,alia coloni,quod mãcipiorũ quæ inquilinus in prædium vrbanũ induxit, manumiſſio,aliquo caſu ꝓhibita eſt, nimirũ ſi manumittãtur ab eo qui iã tùm pẽſionis nomine ſit percluſus,vt ſcriptũ eſt in *d.l.penult.* vbi additur,retẽta pignoris iure mãcipia nõ poſſe liberari,deriſúmq; id eſt reprehẽſum fuiſſe Neruã Iuriſcõſultũ, qui putabat,per feneſtrã mõſtratos ſeruos quos locator ob pẽſionẽ detineret liberari poſſe,quaſi nõ ſufficeret precludi & obſignari oſtiũ prædij vrbani,ſi nõ ipſæ quoq; feneſtrę obſtruerentur,vt bene explicat vir doctiſsimus Iacob. Cuiacius *lib.17.Obſer.cap.39.* Imò verò præcluſio illa,& obſtructio ædiũ & oſtij etiã patentib.feneſtris ad retinenda illata & inducta omnia,quouſq; penſionis nomine pleniſsimè ſatisfactum ſit locatori prædij vrbani, vim habet ac poteſtatem pignoris non tantùm expreſsi ſed etiam ſpecialis,nec per ſpecialem tantùm conuentionem,ſed etiam,quæ propria pignoris natura eſt,per traditionem conſtituti, vt exinde locator fiat poſſeſſor rerum omnium illatarum & pro penſione obligatarum,non minùs quàm ſi in eam nominatim cauſam traditæ probarentur. Quæ res facit vt debitoris eiuſdémque conductoris poſſeſsionem locator interuertat,ſed ſuo iure,nec illicitè, quia iam ex die illationis habuit res illas pignoris taciti iure obligatas, tùm quoque cùm pactio nulla de pignore interuenerat. Quòd ſi expreſſa pignoris conuentio fuit,hoc tamen addit præcluſio, & obſignatio ædium, vt exinde non modò expreſsum ſed etiam ſpeciale pignus conſtitutum traditúmque videatur. Inde verò fit vt non ſimiliter poſsit inquilinus ex eo tempore interuertere poſſeſsionem locatoris,& res in prędiũ vrbanum illatas aufferre,& abducere, quin hoc ipſo furtũ faciat,etiã rei ſuæ, cùm furtũ nõ dominij interuerſio ſit, ſed poſſeſsionis:adeò vt neq; ſeruũ vllũ ex inhabitantib.poſsit manumittere, *d.l.penult.* quãuis cauſa manumiſsionis omniũ fauorabiliſsima ſit propter fauorẽ libertatis. Et hæc quidem de illatis in prædium vrbanũ dixiſſe ſufficiat.

ERROR SEPTIMVS.

Cur faciliùs fiat furtum à colono in fructibus prædij ruſtici quàm ab inquilino in rebus illatis.

IN fructibus verò prædij ruſtici,de quib. primùm dicere cœpimus,diſsimilia ſunt penè omnia. Nam neque poſsidentur à conductore antequàm eos perceperit, cùm tãtiſper ſint pars fundi qui totus non minùs poſſeſsionis,quàm domini iure ad locatorẽ pertinet, neq; eo magis tamẽ furtum eorum facit colonus,cùm eos percipit,q ex domini voluntate hoc facere

intelligitur, cùm à domino conduxerit, nec quòd eos expreſſim obligauerit pro penſione quam nondum ſoluit, nocere ipſi debet, quandoquidem prius eſt vt colono fuerint acquiſiti, quàm vt in iis ius vllum pignoris contractum videri poſſit, colono autem acquiri priùs non poſſunt quàm eos perceperit, neque rurſum ab eo percepti dici, antequàm fuerint à ſolo ſeparati *l. ſi fructuarius meſſem 13. D. quib. mod. vſusfr. amitt.* Sed vbi eos percepit, ſicuti ex eo die incipiunt & ad colonum pertinere, & conſequenter obligati eſſe pignori ꝓ mercedibus fundi, ita & incipit colonus poſſe furtum eorum facere, & facit, ſi eos clam deportet, nulláque facta locatori denunciatione, non quaſi eos percipiendo poſſeſsionem ipſorum ſimul cum dominio non acquiſiuerit, quandoquidem ſuo, & nomine & iure illos percepit. Sed quia ex inſtanti pignoris contracti, id eſt, ex quo cœperunt illi ad colonum & dominij & poſſeſsionis iure pertinere, cœperunt etiam ſic eſſe affecti vt exportari neque potuerint, neque debuerint, niſi vel ſciente domino & conſentiente, ſi ſoluta penſio non eſſet, vel ſoluta demùm penſione, ſi domini voluntatem & conſenſum exquirere colonus nollet, quaſi non tam amiſſa in totum poſſeſsione, per locatorem, quàm mutata poſſeſsionis cauſa, vt qui anteà ſimpliciter & abſolutè poſsidebat fructus cohærentes ſolo tanquam dominus & fundi & fructuum, ex tunc incipiat eos poſsidere tanquam creditor, id eſt, non quidem abſolutè, ſed tamen quod ad omnes cauſas præterquàm quod ad vſucapionem *l. ſerui nomine 16. D. de vſucap.* Hoc verò ſufficit vt furtum ei poſsit fieri etiam à debitore. Nam & furtum fit cùm debitor pignus ſubtrahit creditori non ſolùm ſi traditio præceſſerit, ſed etſi ſpecialis obligatio citra traditionem, *l. ſi is qui 66. D. de furt. §. aliquando Inſt. de oblig. quæ ex delict. naſcũt.* Indéque nimirum eſt quod ſalua etiam conductione poteſt locator prohibere nõ ne fructus à ſolo ſeparentur, ſed ne à prædio diſtrahantur, & deportentur, nõ vt contendat ſuos eſſe, ſed vt dicat ſibi obligatos: Quid? An non etiam illa, quæ in prædium vrbanũ inuecta & inducta ſunt, verè ſunt obligata locatori ex die illationis, tùm quoque cùm de iis obligandis nullo modo conuenit? Cur non ergo perinde furtum facit inquilinus ſi quid ex illatis auferat & exportet non ſoluta penſione priùs etiam quàm penſionis nomine præcludatur? Ratio differentiæ ex eo petenda eſt, quod fructus percipiendi ex fundo ruſtico non poſſunt expreſsim obligari quin hoc ipſo ſpecialiter obligẽtur, quia nec de aliis fructibus obligãdis in genere actum videri poteſt, quàm de iis ipſis qui in ſpecie naſcentur ex fundo. At conuẽtio de obligatione inferendorũ in prædiũ vrbanũ tametſi maximè ſit expreſſa, nũquã tamẽ ſic exprimi poteſt, vt ſit ſpecialis, quia nec ſciri poteſt quid inquilinus in prædiũ vrbanum inuecturus ſit, aut nõ inuecturus: quoniã ſcilicet extrinſecus inuehuntur, diſsimiliter à fructib. qui ex fundo cõducto naſcẽtur, quos certum eſt ex alio fundo naſci nõ poſſe. Porrò ſola ſpecialis obligatio, nõ etiã generalis poteſt vice traditionis eſſe ad hoc vt debitor cõtrectãdo rẽ pignori datã ſi inuito, id eſt, ignoráte creditore id faciat, furtum ipſius facere exiſtimetur. *d. l. ſi is qui in princip.* Adeò verũ eſt, quod vulgo iactitát, ſpecialẽ cõuẽtionẽ magis afficere, quã generalẽ. Quãquã ſi qua generalis cõuẽtio fingi poſſet de fundi fructib. obligãdis, quę differret à ſpeciali, nouũ tamẽ nõ eſſet plus iuris habere locatoré in fructib. qui aliquãdo ipſius fuerũt, & quos nõ aliter paſſus fuiſſet ꝑcipi à colono, q̃ ſi ſperaſſet futurũ vt in ſoluenda mercede fidẽ cõductor præſtaret. Nõ enim ſimiliter poſsis dicere, illata ab inquilino fuiſſe vnquam loca-

locatoris.Et ideò incipit illatorum pignus à die illationis *d.l.potior §.ſi colonus ff.qui potior.in pignor.hab.* Pignus verò fructuum ex die ſeparationis,& eo ipſo, vt diximus inſtanti quo eorum dominium incipit ad colonum pertinere. Cùm ergo non minùs poſſit locator prædij ruſtici conſulere ſibi per retentionem fructuum, quàm locator prædij vrbani per retentionem illatorum, imò longè commodiùs quia pro illatis retinendis neceſſe eſt penſionis nomine inquilinum percludi, quod ad fructus retinendos, eorúmque deportationem impediendam non æquè neceſſarium eſt, conſequens omnino ſit, vt non magis Saluianum poſſit accommodari locatori prædij ruſtici pro fructibus,quàm locatori prædij vrbani pro illatis,cùm & imputari poſſit domino cur non fuerit diligentior in eo vt ſibi conſuleret per retentionem antequàm fructus exportarentur, & poſt exportationem quoque poſſit ille ſibi proſpicere per actionem furti, quorum neutrum dici poteſt de illatis in prædium ruſticum, pro quibus ob eam cauſam vt locatori pro mercedibus cautum eſſet,neceſſe fuit comparari & Saluianum interdictum aduerſus conductorem, & Seruianam actionem tam aduerſus conductorem ipſum quàm contra extraneum quemlibet alium poſſeſſorem.

ERROR OCTAVVS.

De fructibus prædij ruſtici tacitè tantùm obligatis, & an pro ijs dandum ſit Saluianum aut Seruiana locatori.

QVID verò ſi fructus prędij ruſtici non expreſſè,ſed tantùm tacitè pro fundi penſionibus ſint obligati? Minùs vtique iuris habebit in ijs locator,hactenus nimirum ne poſſit videri conductor furtum feciſſe fructuum ſi eos poſt perceptionem deportauerit inſcio locatore, quia non quælibet pignoris obligatio facit vt tam facilè poſſit debitor furtum rei ſuæ admittere,ſed ea tantùm quæ vel ſit ſpecialis vel traditionem iunctam habeat *d.l.ſi is qui.* Et idcircò tractat Africanus *in d.§.locaui,* eam ſpeciem in qua expreſſè conuenerat vt pro fundi mercedibus obligati eſſent fructus qui ex eo fundo naſcerentur.Sed an ideò Saluianum aut Seruianam pro huiuſmodi fructibus dabimus locatori? Minimè: nam ſublata cauſa furtiua quæ ſi pignoris obligatio ſpecialis interueniſſet,per ſolam fructuum deportationem induceretur citra vllam prohibitionem, & ob omiſſam tantummodò denunciationem. Hoc tamen remedium ſupereſt locatori ad parandam ſibi indemnitatem per retentionem, vt prohibeat expreſſim conductori ne fructus illos tacitè obligatos priùs exportet, quàm penſionem ſoluerit, aut aliter eo nomine ſatisfecerit. Quidni enim prohibitio illa tantùm ei proderit, quantùm prodeſſet locatori vrbani prædij ſi penſionis nomine inquilinus percluderetur? Neque verò Menochius hoc diffitetur, poſſe locatorem prædij ruſtici pro ſuo iure prohibere ne fructus à colono exportentur,ſed in eo errat cum cæteris interpretibus quod ob hoc ipſum tantò faciliùs accommodat locatori Saluianum quod vel hac vnica ratione in totum denegare debuerat, nec ruſus vidit quanti interſit,an fundi & prædij ruſtici fructus tacitè ſint obligati an expreſſè. Illud ſanè benè notat nihil intereſſe an fructus illi in horreum prædij ruſtici illati ſint necne, quoniam non ex illatione naſcitur ius pignoris vt in il-

latis in vrbanum prædium,ſed ex eo ſolo quod fructus ſunt prædij ruſtici, nec ſuperueniens illatio auget ius pignoris, ſed tantùm facit ne furtum fructuum admiſſum dici poſſit qui non exportati, ſed è contrario in horreo prædij ruſtici reconditi fuerunt. Illud quoque non malè nihil intereſſe an illationem ſciuerit dominus fundi,an ignorauerit, ſed in eo peſſimè quod vtroque caſu dat Saluianum locatori pro fructibus, quod nos nullo penitus caſu dandum eſſe arbitramur. Planè quod de fructibus diximus certum eſt ad omnes pertinere, nec minùs ad induſtriales quàm ad naturales, ſi modò locatori res ſit cum colono ipſo non cum coloni herede, vt benè idem Menochius pro Neguſantio contra Iaſonem diſputat ſupradicto loco. Nec enim leges diſtinguunt an fructus naturales ſint an induſtriales *d.l.in prædijs 7.D.in quib.cauſ.pign.vel hypoth.tacit.contr.* iunct. *l.3.Co.eod.* nec rurſus diſtinguendi cauſa vlla eſt niſi in perſona heredis cuius non alia bona poſſunt dici obligata pro debito defuncti, quàm quæ ex defuncti bonis immediatè prouenerunt *l. Paulus 29. in princ.D.de pignor.* in quo numero ſunt fructus tantùm naturales non etiam induſtriales. Bart. *in l.aſſiduis nu.9.* & Salic. *ibid.quæſt.5.Co.qui potior.in pign.hab.*

ERROR NONVS.

De re empta ex precio fructuum in prædio ruſtico perceptorum.

QVOD volunt interpretes, dari Saluianum locatori pro fructibus quoque perceptis in prædio ruſtico ſi conductor non ſoluerit penſionem, reſtringere ſolent ad eum caſum, quo fructus adhuc extent. Nam ſi cõſumpti ſint,quamuis ita vt ex ipſorum alienatorum precio res aliqua empta ſit, fatentur neque hypothecam, neque hypothecariam vllam ſupereſſe nec in fructus qui amplius non extant,nec in rem illam emptam ex fructibus, quæ nunquam,aut expreſſè,aut tacitè fuit obligata. In eóque omnes conſentiunt *ex l.3.C.in quib.cauſ.pign.vel hypoth.tacit.contr.* vbi diſertè hæc differentia traditur inter fructus prædiorum pignori datorum, & prædia ex fructuum precio comparata, vt fructus quidem pignorum etſi id apertè expreſſum non ſit ipſi quoque pignori credãtur tacita pactione ineſſe, nempe quia ſicuti iure ſoli percipiuntur *l.qui ſcit 25. §.1. de vſur.* ita & ius ſoli in cauſa pignoris ſequuntur, at prædia tamen ex fructuum precio comparata non ſimiliter in eandem pignoris cauſam veniant. Sed addunt exceptionem, quam neque Imp. Alex *in d.l.3.* neque alius vllus ex antiquis prudentibus vnquam addidit,niſi alia nulla ſint debitoris bona per quæ poſſit conſultum eſſe creditori. Eo námque caſu volunt etiam in hypothecaria precium ſuccedere loco rei,contra vulgarem iuris regulam,quæ habet in vniuerſalibus tantùm iudiciis, non etiam in ſingularibus quæ noſtri vulgò malè particularia vocant, ita conſtitutum eſſe,vt precium loco rei ſuccedat *l.ſi & rem & precium 21. & ſeqq. D.de petit.hered. l.Imperator 70. §.vltim. & legib.ſeq. de legat.2.* Iudicium enim actionis quaſi Seruianæ,& hypothecariæ ſpeciale eſſe non vniuerſale nemo ambigit, nec proinde quin ius ita comparatum ſit vt quod ad illam actionem pertinet precium non ſuccedat loco rei *ex l.1.* vbi Bart. & alij *D. de diſtract. pignor.* Plus putat Iacob. Menoch. *in remed. 3. De adipiſc. poſſeſſ. ex Saluian. interdict. numer. 123. & 125.* Si fructus ex ruſtico prædio percepti qui pro mercede obligati, ſiue expreſſè, ſiue tacitè fuerant, ita conſumpti ſint vt nec alia vlla ſuperſint conductoris bona ex quibus poſſit

Digitized by Google

ſit locator indemnitatem conſequi, etiam rem quæ ex precio illo empta ſit, velut hypothecæ ſuppoſitam, in ſubſidium vindicari poſſe, ſed per hypothecariam actionem, inquit, non per Saluianum interdictum cùm à conductore numquam res illa fuerit poſſeſſa. Atque in hanc rem adfert authoritatem Alex. *conſ.*108.*num.*10.*lib.*5. & Cyni *ad l. mater quæſt.*7. *C. de rei vindic.* quibus tamen locis tractant illi non de re quæ empta ſit ex precio rei obligatæ, ſed de precio ipſo, cuius quàm longè diſpar & diuerſa ratio ſit, nemo non videt. Nam cùm hoc per ſe iam ſatis mirum & difficile eſt, vt in hypothecaria precium ſuccedat loco rei in ſubſidium, quia repugnat iuris regulis, vt diximus, & omnes fatentur, magiſque nititur æquitate quàm iure, Tum verò illud multò difficilius eſt ne dicam abſurdius, vt res empta ex precio rei obligatæ cenſeatur hoc ipſo eſſe ſaltem in ſubſidium obligata. Duo enim ſingularia in eam rem concurrere & circa idem induci oporteret, contra vulgare noſtrorum brocardicum ad *l.*1.*C. de dot. promiſſ.* Primum illud eſſet vt precium rei obligatæ ſuccederet in locum rei, perindéque obligatum intelligeretur ſaltem in ſubſidium. Alterum vt res empta ex illo precio non niſi in ſubſidium obligato, ipſa quoque eodem iure cenſeretur: Nec enim fieri poteſt vt res empta ex precio pignoris ſit obligata, quin precium ipſum priùs fatendum ſit obligatum eſſe. Nos verò etſi brocardicum iſtud Doctorum nunquam probauimus, nec abſurdum exiſtimamus, vt circa eandem rem eandémque perſonã ſingularia multa concurrant ſi ratio aliqua æquitatis, & humanitatis ita ſuadeat, in propoſito tamen ne duo iſta ſingularia admitti patiamur, ex eo monemur, quòd ne quidem priori ſoli admittendo locum fieri debere arbitramur. Sicut enim conſtat inter omnes multũ diſtare inter rem & rei precium *l. ſi alij vſus* 42.§.1. *D. de vſufr.* Ita fatendum eſt multum referre an inter debitorem, & creditorem conuenerit de re aliqua obliganda, an de ipſius quoque precio in eandem pignoris cauſam deducendo, Cùmque ita ius ſit, vt nihil per hypothecariam peti poſſit niſi quod vel expreſsè, vel tacitè obligatum probetur, omnino conſequens eſt, vt rei obligatæ precium de quo nihil dictum fuit, cùm de pignore conueniret, nõ poſſit peti per hypothecariam, nec magis in ſubſidium quàm principaliter: Sicuti nec alius poteſt in locum pignoratitij creditoris ſuccedere, quàm qui ipſe conuenit de pignore *l. Ariſto.* 3.*D. quæ res pignor. oblig. poſſ.* An non enim multò facilius eſt vt perſona ſuccedat in locum perſonæ ad proponendam hypothecariam, quàm vt res non obligata in locũ rei obligatę ad eandẽ hypothecariã excipiẽdã? Neq; quod ſolemus dicere, fruct⁹ qui ex re ſpecialiter obligata percepti ſunt hoc ipſo tacitè obligatos intelligi *d. l.*3.*C. in quib. cauſ. pign. vel hypoth. tacit. cõtr.* facere poteſt vt ſimiliter admittere debeam⁹, obligatũ eſſe preciũ quod ex re obligata redactũ fuit: quia nõ quẽadmodũ fruct⁹ rei ex ipſa re percipiũtur, & quidẽ iure ſoli, nõ ſeminis *l. qui ſcit* 25.§.1.*D. de vſur.* Ita poſſit quis ſimiliter dicere pretiũ pignoris vẽditi ex pignore ipſo perceptũ videri, cùm preciũ rei venditæ non tam ex re ipſa, quàm ex negotiatione percipiatur *l. venditor* 21.*D. de hered. vel act. vendit.* Quòd ſi tum quoq; cùm de fructibus agimus, diſtingui oportet, an de naturalibus tãtùm fructibus tractemus, an verò de induſtrialibus, quoniã induſtriales cùm nõ ex re ipſa obligata percipiantur immediatè, ſed per mediã poſſidentis operã & diligentiam, non veniunt in obligationem cauſámque taciti pignoris, vt ſuperiore capite diximus ex Bart. ad *l. aſſiduis num.*9.*C. qui potior. in pignor. habeant.* Ita vt ne quidem in ſubſidium poſſint fructus illi induſtriales capi pignori, nec enim quiſquam tale quid vnquam dixit,

Quantò minùs ferendum eſt vt precium rei obligatæ de quo ſiue expreſsè, ſiue tacitè obligando, neque dictum, neque actum quicquam eſt, hoc ipſo cenſeatur obligatum? Nam fructus etiam induſtriales non alio tamen quàm ſoli iure percipiuntur, ídque commune habent cum naturalibus *d. l. qui ſcit §. 1. l. bonæ fidei 48. D. de acquir. rer. domin.* & hoc ſaltem verum eſt, fundum ex quo percepti ſunt fructus induſtriales fuiſſe debitoris tempore conuentionis. Pretium autem rei numquam nec vllomodo ex re ipſa, ſed omnimodo, & omni caſu ex negotiatione percipitur, *d. l. venditor.* nec poteſt dici precium fructuum ex quo res empta eſt, fuiſſe conductoris eo tempore quo pignus, ſiue expreſſum, ſiue tacitum contractum fuit, quod tamen neceſſe eſſet illo etiam caſu quo de ea re nominatim obliganda conueniſſet *l. potior. 11. §. ſi de futura re D. qui potior. in pign. hab.* iunct. *l. 1. D. de pignor.* Et verò ſi res ex nummis pignoratis empta non ob hoc ſolùm pignorata eſt, quòd pecunia pignerata erat vt diſertè ſcribit Vlpianus *in l. idémque 7. in fin. D. qui potior. in pignor. hab.* nulla ratio eſt cur faciliùs è contrario admittamus pecuniam ex rei pigneratæ precio redactam ob hoc ſolùm cenſeri pignoratam quod res ipſa pignorata erat, cùm non ſit facilius, vt precium ſuccedat in locum rei, quàm vt res in locum precij Sic enim euenit vt neque res empta ex pecunia mea ſit mea, *l. ſi ex ea pecunia 6 C. de rei vindic.* neque dotalis quæ ex pecunia dotali *l. ex pecunia 12. C. de iur. dot.* niſi empta ſit vxoris nomine, quomodo accipienda eſt *l. res quæ 54. D. eod. tit.* neque communis quæ ex pecunia communi *l. ſi vnus 67. §. 1. D. pro ſocio.* Denique cùm placeat redactum ex re furtiua precium furtiuum non eſſe *l. qui vas 48. §. vlt. D. de furt.* cur magis admittamus pignoratum eſſe precium, quod redactum eſt ex re pignorata? Aut cur pignus iſtud ſubſidiarium inducamus fauore creditoris cui poteſt imputari cur non meliùs ſibi proſpexerit, In necem verò illius cui nihil poſſis imputare, ſiue debitor ille ſit, ſiue alius quiſpiam tertius. Quamquam ſi ſubtiliùs intueare, difficilius eſt vt in perſona ipſius debitoris quæſtioni huic locus eſſe poſſit, Cùm ſi debitor rem à ſe pignoratam vendat inſcio creditore hoc ipſo furtum eius facere intelligatur, non ſolùm ſi rem tradiderat, ſed etiam ſi ſpeciali conuentione illam obligauerat *l. ſi ſeruus 61. §. locaui l. ſi is qui 66. in princip. D. de furt.* Si verò eam vendat ex voluntate creditoris, hoc ipſo creditor ius ſui pignoris remittere intelligatur *l. 4. §. 1. l. ſi conſenſit 7. l. ſicut 8. §. non videtur & paſſ. D. quib. mod. pign. vel hypoth. ſolut.* Porrò cùm debitor rem à ſe pignoratam ita vendit, vt vendendo furtum eius faciat, licet ſit quod ei poſſit imputari cùm in re illa malè verſetur, nulla tamen ratio eſt vt eo magis precium rei obligatæ debeat videri obligatum, Imò tantò minùs quanto certius eſt eum qui furtum rei facit per venditionem, nihil minùs agere, quàm vt pecunia quam redigit ex venditione ſuccedat in locum rei, admiſſum enim contrariam potiùs voluntatem declarat, id ſcilicet eum agere vt quantum facere poteſt, pignus interuertat, vt in ſpecie non diſſimili ratiocinatur Vlpianus *in l. ſi quis extraneus 21. D. de acquir. hered.* Eſtque inauditum vt quicquam obligetur, ſiue expreſsè, ſiue tacitè citra vel contra voluntatem domini præterquàm cùm obligatio ex lege neceſſaria eſt, quo demum caſu non inquiritur voluntas debitoris, vt in cauſa dotis & tutelæ *l. vnic. C. de rei vxor. act.* Itaque fatendum eſt, quod nemo ex interpretibus obſeruat, vel huic quæſtioni locum in perſona debitoris nullum eſſe poſſe, vel, quod eſt verius, non alio caſu poſſe quàm quo generalis duntaxat cõuentio de pignore interuenerit, aut quo facta ſit pignoris ſpecia-

ſpecialiter dati venditio nec ignorante, nec tamē conſentiente creditore, ſed ſciente illo & tacente. Nam neque generalis conuentio pignoris ſufficit ad hoc, vt debitor vendendo rem obligatam quam non tradidit furtum eius facere videatur, ſed ſpeciali opus eſt vt in *d. §. locaui*, *& d. l. ſi is qui*, neque ſola ſcientia creditoris cùm pignus à debitore venditur, ſufficit ad inducendam tacitam remiſſionem pignoris ſi non expreſſus conſenſus intercedat, *d. §. non videtur*. Atqui cùm generalis tantùm conuentio pignoris præceſſit, non eſt exiſtimandum fructus etiam naturales qui ex bonis generaliter obligatis percepti ſunt, tacitè obligatos eſſe, neque ad hunc vt puto caſum pertinet quod ſcriptum eſt in *d. l. 3. C. in quib. cauſ. pign.* quia quoties aliquid pignori datum legimus, ita intelligere debemus vt idipſum vel traditum ſit vel ſpecialiter obligatum *l. ſi quis non obligatum 6. D. qui ſine manum. ad libert. peruen. l. in fraudem 27. §. 1.* iunct. *l. generaliter 29. in princip. D. qui & à quib. manum.* Adeò vt nec ſola generalis obligatio ſufficiat ad dandum creditori ius retentionis prætextu debiti non ſoluti, ſed ſpecialis conuentio pignoris in eam rem requiratur, quod omnium apertiſſimè ac elegantiſſimè probat reſcriptum Imperatorum *in l. ſi non inducta* 5. in illis verbis *nec hæc ſpecialiter obligata monſtrētur à contrar. ſenſ. C. in quib. cauſ. pign.* Iunct. *l. 1. in princip. D. de pignor.* Sicque intelligendum illud quoque eſt quod dici ſolet, etiam ob chirographariam pecuniam pignus retineri poſſe, *l. vnic. C. ill. tit. etiam ob chirogr. pecun.* Scilicet de pignore quod vel traditū ſit, vel ſpecialiter obligatum, non de illo quod tātùm generaliter. Sola enim ſpecialis conuentio vim illam habere poteſt vt æquipolleat traditioni, quæ alioqui neceſſaria videretur ad inducendum ius retentionis. Quomodo enim fieri poteſt vt iure quis retineat eam rem cuius poſſeſſio numquam fuerit ei tradita nec verè, nec per æquipollens? Ergo ſi generaliter tantùm obligata ſint bona debitoris, non poterit locus eſſe quæſtioni, an fructibus bonorum venditis precium eorum ſit obligatum, cùm neque fructus ipſi eo caſu ſint obligati, multò magis dicendum eſt, ſi fructus illi non niſi tacitè obligati ſint, quod euenit in fructibus prædij ruſtici locati, nulla de iis obligandis expreſſim facta conuentione, & ij venditi fuerint quāuis inſcio locatore, qui caſus eſt quem nos poſt Menochium nūc tractamus, nullomodo eſſe obligatum precium quod ex fructuum venditione redactū fuit, cùm nec ſi ex fructibus ipſis, non ex ipſorum venditione redactū eſſet, quaſi naturalis quidā fructus, idcirco tamen obligatum videri poſſet: Niſi poneres obligata generaliter creditori bona etiam futura non tantùm præſentia, quam in rem etiam neceſſaria olim erat conuentio ſpecialis, id eſt quę bonorum futurorum ſpecialem faceret mentionem, *l. & quæ nondum 15. §. quod dicitur D. de pignor. l. ſi qui mihi 28. D. de iur. fiſc.* ante Iuſtiniani conſtitutionem *in l. vlt. C. quæ res pignor. oblig. poſſ.* Sed & cùm prædio pignori dato nominatim conuenit vt fructus quoque pignori eſſent, placet tamen diſtracto prædio & conſumptis à bonæ fidei emptore fructibus nullam eo nomine actionē cōpetere creditori, ne vtilem quidem Seruianam, quia fructus illi numquam fuerunt obligati, cùm numquam fuerint debitoris vt eleganter Papin. tractat *in d. l. 1. §. cùm prædium D. de pignor.* Quantò magis dicendum eſt in quæſtione propoſita non poſſe hypothecariam exerceri, ne quidem vtilem de fructuum obligatorum precio, quod ipſum nunquam fuit obligatum, cùm neque fuerit in dominio debitoris eo tempore quo conueniebat de pignore, neque ſimul cum ipſo prędio quod tunc debitoris erat, potuerit obligari? *d. l. potior* 11.

§. ſi de futura re D. qui potior. in pignor. hab. Quòd ſi precium pignoris non eſt obligatum, qua fronte obſecro poſſumus dicere, rem quoq; aliam ex eo precio comparatam eſſe obligatam? An nō multò id difficilius eſt, quàm vt precium quod ex rei obligatę venditione redactum eſt, obligatum exiſtimetur?

ERROR DECIMVS.

De actione in ſubſidium quam dant interpretes in ſpecię l. 1. in fin. D. de diſtract. pignor.

NEQVE verò aliter reſponſum fuit ab Alexādro quem pro ſententiæ ſuæ confirmatione adfert Menochius. Id enim tantùm ſcribit *dict. conſ. 108. num. 9. & 10. libr.* 5. In hypothecaria preciū ſuccedere loco rei vt poſſit etiam precij poſſeſſor conueniri, ſed non niſi in ſubſidium, & rurſus ita demum ſi precium illud ad eum perueneſit ex cauſa lucratiua non etiam ſi ex onerosa, ex diſtinctione Bartoli ad *d. l. 1. D. de diſtr. pign. in gl. l. is qui à debitore 9. D. quæ in fraud. credit.* At de re empta ex precio, neque Alexander, neque Bartolus ſupradictis locis loquuntur, adeóque nec locum iuris vllum proferunt quo ſuam opinionem probent, ſed mouentur tantùm ex authoritate Accurſij noſtri *ad d. l. 1. in fin. D. de diſtr. pignor.* vbi tamen nihil aliud dicit niſi quòd tractans de ſpecie quæ in ea lege ex Papiniano proponitur, ait primum eundémque tertiū creditorem qui acceptis ſpecialiter pro primo credito pignoribus, & pro tertio generaliter omnibus bonis debitoris, quæ alij ſecundo creditori antea fuerant æquè generaliter obligata, vēdidit rē aliquā ex generaliter obligatis ante dimiſſum ſecundū creditorē, nullo quidem iure id feciſſe, quia dimittēdus erat ante omnia prior creditor; ſed non ideò tamē poſſe illum conueniri aut perſonali actione ſiue directa, ſiue vtili, aut actione furti, aut ad exhibendū, ob eas rationes quas Papinianus adfert, niſi, inquit, in ſubſidium ad precium ſi in pignora ipſa non poſſit agere, fortè ob longi tēporis præſcriptionē, quæ poſſeſſores tueatur. Sed qua actione putet Accurſius creditorē hunc eundémq; vēditorem poſſe cōueniri de precio, nō aperit, an ſcilicet perſonali aliqua, an hypothecaria. Facile tamen eſt videre non de hypothecaria ſiue directa, ſiue vtili ſentire Accurſium, ſed de perſonali, cùm in exemplum & argumentum adferat, quod ſcriptum eſt *in l. 1. C. de reb. alien. non alienand.* Si quis ignoranti ſeruum alienum vendiderit, & is ſeruus poſteà factus ſit emptoris per vſucapionem, cogendum eſſe venditorem vt precium quod accepit, veteri domino reſtituat. Nec enim quiſquam putauerit actione hypothecaria preciū illud reſtitui debere, cùm ſeruus ipſe numquā domino ſuo fuiſſet obligatus, ſed ita intelligi debet vt hoc caſu negotiorū geſtorū actio dāda ſit, ſecundū Africani ſententiam quæ extat *in l. vlt. D. de negot. geſt.* iunct. *l. ab vno* 19. *C. eod. tit.* aut ſaltem cōdictio, vt *in l. ſi enim ſeruū 23. D. de reb. credit.* Ergo nec in propoſita ſpecie putauit Accurſius hypothecariæ locum eſſe poſſe. At neque actioni negotiorum geſtorum locus eſſe poteſt, cùm hic creditor propriam cauſam errore ductus nō alienā perſecutus videatur vt Papin. ait, vt & in ſpecie de qua Marcianus ex eodē Papiniano *in l. creditor 12. aliàs l. ſi prior. §. ſi tendū D. qui potior. in pignor. hab.* Eámque Accurſij noſtri mentē fuiſſe, vt de perſonali tantùm non etiam de hypothecaria in ſubſidium pro precio dāda ſenſerit,

conſtat

Digitized by Google

conſtat etiã ex illo apertiùs,quòd in alia ſpecie,quam idẽ Marcianus poſt Papinianũ tractat *in d.l.ſi prior,alias d.l.creditor §.Papinianus*,id eſt,quando prior creditor nouatione facta, poſtea eadẽ pignora cũ aliis accepit,& ſecundo nõ offerente pecuniam,ea vendidit,ſicuti certiſſimum eſt, creditorem priorem primam tantùm pecuniam expenſam ferre poſſe,non etiam quá poſteà credidit,& ideò quod ſuperfluum ex anteriore credito accepit,hoc ſecũdo reſtituere illum debere,ita neque dubitat Accurſius,quin perſonalis actio illa ſit nõ hypothecaria.De illo.n.tantùm quærit an ea actio ſit condictio ex illa lege,vt in ſpecie *l.vlt.§.ſin verò creditores.verſ.licentia.C.de iur.delib.* an officium iudicis,an actio in factũ:quæ omnia genera ſunt perſonalis nõ hypothecariȩ actionis.Magíſq;probare videtur vt actio in factum competat,ſic.n.ille ipſe licèt dubitanter *ad d.l.ſi prior aliàs d.§.Papinianus.* De quo tamen dicendum nobis erit latiùs *cap.ſeq.* nũc ſufficiat obſeruaſſe non magis ex Accurſij ſententia quàm ex Papiniani verbis probari poſſe,quod vulgò creditur in hypothecaria preciũ ſuccedere loco rei. Cùm eo quoq; caſu quo putauit Accurſius poſſe creditorẽ qui pignus nullo iure vendidit pro precio conueniri in ſubſidium,non de alia tamẽ quàm de perſonali actione cõtra eũ danda ſenſerit. Et apertiùs ad eũdẽ locũ Bartolus ſcribit,nulla actione,neq; negatiua,vt ipſe loquitur,neque datiua,id eſt quæ ex æquitate accommodanda ſit teneri creditorem hunc,qui precium habet pignoris venditi,niſi in eo quòd quantitatem debitam excedit, quòd pro ea tantùm parte videatur preciũ ad eũ perueniſſe ex cauſa lucratiua,non etiã ꝑ qua parte is creditor verè fuit. Et rursũ idẽ Bart. apertè fatetur magis ſe probare vt actio quæ dãda ſit de ſuperfluo precij cõtra creditorẽ ſit cõdictio ex lege,quȩ ipſa vtiq;perſonalis actio eſt,nõ hypothecaria. Deniq; & in ſpecie illa in qua refert Bartolus ſe ex ſupradicta Accurſij ſentẽtia & cõſuluiſſe & obtinuiſſe nõ quȩrebatur an alia actio quàm perſonalis dãda eſſet cõtra mariti fratrẽ qui oues à marito pro dote obligatas & in hereditate relictas nullo iure vẽdiderat, preciúmq; ipſarũ ſine cauſa retinuerat.Ex hoc igitur apparet tantò manifeſtiùs Preciũ in hypothecaria nũquam ſuccedere loco rei,quod & idẽ Bartolus concludit ad *d.l.is qui à debitore in fin.ex d.l.1.D.de diſtract.pignor.* Nam ſi ſuccederet,nõn tantùm perſonalis actio danda eſſet,verùm etiam hypothecaria contra quemlibet precij poſſeſſorem,nec tantùm in ſubſidium,ſed etiam principaliter & rectà, cùm fieri nequeat vt nõ competat directa hypothecaria contra omnem rei obligatæ poſſeſſorem,licèt aliquando exerceri prohibeatur niſi facta priùs excuſſione perſonæ ac bonorũ debitoris,vt *in Auth hoc ſi debitor C. de pignor. & Auth.præſente C. de fideiuſſ.* Sed quamuis illud etiam Menochio indulgeremus, vt precium rei obligatæ poſſet peti per hypothecariam, non tamen eſſet conſequens idem admitti oportere in re empta ex illo precio, nec enim quemadmodũ in pleriſque cauſis euenit,vt precium ſuccedat loco rei,ſic è contrario poſſis dicere rẽ ex precio emptã ſuccedere in locum precij,quod ne quidem in vniuerſalibus iudiciis admiſſum eſt *l. ſed & etſi lege 25.§.1.*vbi etiã Bart.*D. de petit.hered.*Nam precium quidem licèt ex negotiatione magis quàm ex re ipſa,tamen propter rem percipitur. At res quæ ex precio emitur ,neque ex eius precij pecunia,neque ob pecuniã illã acquiritur , cùm pecunia ſit ex earũ rerum genere quæ recipiunt functionẽ.Proinde nulla ratio eſt cur per hypothecariã,ſiue directã,ſiue vtilẽ peti poſſit ea pecunia, quæ numquã fuit obligata.Cui conſequens eſt vt neque pro ea re Salujanũ ſiue directum,ſiue vtile

Digitized by Google

dari poſſit, cùm numquam detur niſi de re quæ per expreſſam conuentionem fuerit obligata, vt in ſuperioribus oſtendimus ex *§. interdictum quoque Iuſt. de interdict.* Et hac vna ratione moueri debuit Menochius, vt in propoſita quæſtione Saluianum denegaret locatori prędij ruſtici in rem emptã ex fructib. à colono perceptis, nõ illa, quã adfert, quòd eam rem colonus nũquã poſſederit. Nam ſi ſic intellexit, quomodo intelligere ſanè debuit vt initæ cõductionis tempore nõ poſſederit cõductor rem iſtam emptam ex fructibus, verum quidem illud eſt, ſed non idcircò bona erit ratio, cùm ad inducendũ Saluianum quod de adipiſcenda poſſeſſione datur, neceſſe non ſit poſſeſſam fuiſſe rem à conductore eo tempore quo conuenit de pignore, ſed ſufficiat poſſideri eo tempore quo interdictum proponitur: ſi verò ſic intellexit vt nullo vnquam tempore abſolutè conductor iſte poſſederit rem emptam ex fructuum precio, non poſſum videre quo ſenſu verè id dictum eſſe poſſit, cùm ex eo ſaltem die quo res hæc & empta fuit à colono, & ei tradita, fatendum ſit poſſeſſam illam quoque ab eo fuiſſe.

ANTONII FABRI I.C SEBVSIANI, SENATORIS SABAVDIENSIS, ET IN GEBENNENSIS DVCATVS AVDITORIO PRÆSIDIS

DE ERROR. PRAGMAT. ET INTERPR. IVR. DECAS LXII.

ERROR PRIMVS.

De ſententia, & conciliatione l. creditor 12. §. Papinianus aliàs l. ſi prior. D. qui potior. in pignor. hab. & l. 1. de diſtract. pignor.

SOLENT interpretes noſtri Papiniano Papinianũ obiicere quaſi pugnantia ſcripſerit aut ſenſerit in ea ſpecie quæ proponitur *in l. creditor 12. §. Papinianus* aliàs *l. ſi prior D. qui potior. in pignor. hab. & in l. 1. D. de diſtract. pignor.* ſpecies elegans eſt & digna de qua ſeparatim dicamus, vel ob hoc ipſum, vt quæ proxima Decade ſcripſimus, meliùs intelligantur. Titius mutua centũ à Sempronio acceperat, eíque fundũ Cornelianum eo nomine pignori dederat, ſubinde quinquaginta mutuatus à Mæuio, datóque ei in pignus eodem fundo, rurſus alia centum mutua petierat & acceperat ab eodem Sempronio, factáque nouatione vt tanquam vnius totiúſq; ſummæ ducentorũ aureorum debitor conſtitueretur, eundem fundum Cornelianum dederat ei pignori, cum aliis bonis, ceſſante Sempronio in

ſolutione-

ſolutione quærebatur vter potior eſſet in pignore Titiúſve an Mævius, & vtri potiùs diſtrahendi pignoris ius dandum eſſet. Videbatur enim Titius etiam pro ijs centum quæ prior credidiſſet, poſterior eſſe Sempronio propter nouationem quæ prioris debiti cauſam peremiſſet, ac in poſterius transfudiſſet *l.1.ff. de nouat.* cum nouatione facta liberentur pignora & hypothecæ *l.nouatione 18. eod.* Refert tamen Marcianus *in d. §. Papinianus* aliàs *dict. l. ſi prior.* Papinianum aliter reſpondiſſe ſuperioris temporis ordinem manere primo creditori tanquam in locum ſuum ſuccedenti, quæ Papiniani ſententia extat *in l.creditor 3. in princip.eod.tit.qui potior.in pignor.hab.* vt proinde per huiuſmodi nouationem obligatio quidem mutetur, ſed ſuperioris temporis ordo non mutetur, quomodo benè Cuiacius noſter locum illum interpretatur *libr. 11.obſer.cap.32.* confutata Græcorum interpretatione ad *d.§.Papinianus*, quem illi ſic intelligunt vt primus creditor poſteriore tantùm conuentione non etiam priore acceperit eadem pignora quæ ſecundus acceperat, quod ſi ita eſſet non tam potior ille quàm ſolus inueniretur in pignoribus quæ pro primo credito accepiſſet, nec de ordine ac iure priorum pignorum diſputandum inter eos eſſet, ſi non eadem pignora ſecundo creditori data eſſent quæ priori. Ponendum itaque eſt quod apertiùs expreſſit Papinianus *in d.l.creditor*, Secundum creditorem ſecunda conuentione eadem pignora accepiſſe quæ prior acceperat, eadémque pignora cum alijs data fuiſſe eidem primo creditori, cùm nouam pecuniam poſt ſecundum crederet, prioréinque obligationem nouaret. In qua ſpecie ſola nouatio facere videbatur vt poſterior etiam pro primo credito videri deberet is qui reuera fuerat prior, niſi fortior illa pro eo vrgeret ratio, quòd eadem accipiendo pignora ſatis declaraſſet velle ſe in locum ſuum ſuccedere, prioríſque temporis ordinem retinere, cùm etiamſi alij creditori anteriori data eſſent eadem pignora in cuius locum vellet hic ſuccedere qui tertio loco pecuniam credit, vtique id aſſequi poſſet eadem pignora accipiendo *l. Ariſto 3. D. quæ res pignor. oblig. poſſ.* Quidni ergo longè faciliùs in ſuum ipſius locum ſuccedet? Hoc verò admiſſo illud etiam omnino conſequens eſt, vt prioris temporis ordinem retineat. Vnde noua rurſum emergit dubitatio, An igitur pro priore & potiore creditore habendus ſit non minùs pro pecunia quæ tertio loco quàm pro ea quæ primùm ab eo credita eſt, cùm enim vtraque ſumma in eandem obligationem deducta ſit per nouationem, difficile eſt vt ſeparationem inducamus, quod ad ea ſaltem pignora pertinet, quæ in vtramque cauſam data ſunt, ne alioqui eueniat contra brocardicum noſtrorum vt vna eadémque res diuerſo iure cenſeatur. At ex alia parte mouet, quòd ratio nulla eſt vt primus hic creditor qui pro pecunia tertio loco credita non niſi tertius creditor eſt, præferatur pro ea quantitate ſecundo creditori, qui per expreſſam pignoris conuentionem ſibi diligenter proſpexerit: Cúrque non debeat ſecundus creditor vincere communi iure illo quo ſolet potior eſſe qui prior eſt tempore. Alioqui erit in poteſtate debitoris mutuam pecuniam accipiendo & adiiciendo nouum creditorem facere deteriorem condicionem antiquioris creditoris, quod etſi in chirographario creditore, neque nouum neque abſurdum eſt *l.1.§.ex contrario D.de ſeparat.* in pignoratitio tamen non obtinet *l.ſi fundum 4.l.licet 7.& paſſ.Co.qui potior.in pignor.hab.l.debitorem 15.Co.de pignor.* Etſi autem ad poſteriorem hanc dubitationem nihil reſpondet Papinianus *in d.l.3.D.qui potior.in pignor.hab.* Marcianus tamen *in d.§.Papinianus*,

Digitized by Google

eam Papiniani ſententiam latiùs exponit, ſiue referentis, ſiue interpretantis vice fungatur, vt ſi ſecundus creditor non offerat pecuniam primo loco creditam poſſit prior pignora vendere, ſed ita tamen vt primam tantùm pecuniam expenſam ferat, non etiam quam poſt ſecundum credidit, & quod ſuperfluum ex anteriore credito acceperit hoc ſecundo reſtituat. In hoc vno mancus videtur Marcianus, quod non explicat quænam actio illa ſit per quam ſecundus creditor priorem vrgere poſſit ad ſuperflui reſtitutionem. Hinc porrò magna inter iuris interpretes hæſitandi cauſa, quam actionem competere in hanc rem Papinianus putauerit. Augetur dubitatio ex eo, quod in eadem vt videtur, aut ſaltem non valdè diſpari ſpecie, nullam actionem dari poſſe ait Papinianus *in l. 1. D. de diſtract. pignor.* Tractat eo loco de creditore qui certa prædia debitoris pignori ſpecialiter acceperat, & poſt alium creditorem cui generaliter idem debitor bona ſua omnia obligauerat, ipſe quoque ſimile pactum bonorum, id eſt, de bonis omnibus debitoris generaliter obligandis interpoſuerat, ſiue ob alium nouum contractum, ſiue ob eundem illum ex cuius cauſa prior erat tempore. Ponit autem creditorem hunc qui & ſpeciali & generali conuentione pignoris ſibi proſpexerat, poſteà vendidiſſe bona cętera, id eſt quæ generaliter non quæ ſpecialiter habuit obligata, & quidem ante ſecundum creditorem dimiſſum, non ponit vendita per eum fuiſſe prædia quæ non ſolùm ſpecialiter ſed etiam priore loco fuerant ei obligata. Neque enim is caſus vllam haberet dubitationem: an quia quod ad ea prædia non tam potior ille quàm ſolus inueniretur? vt *in l. 2. D. qui potior. in pignor. hab.* Minimè. Diximus enim obligata fuiſſe ſecundo creditori generaliter bona debitoris omnia, ac proinde illa ipſa quoque prædia quæ priori creditori iam data pignori fuerant, cùm non eo minùs manſerint in bonis & dominio debitoris *l. reſcriptum 12. in princip. D. de diſtract. pignor.* Inde námque eſt quod ſecundus creditor habet ius offerendi priori ad pignus ſuum confirmandum *l. ſecundus creditor 22. Codic. de pignor. & hypothec.* quod ius non haberet ſi pignorum iam antè alij datorum nulla prorſus in poſteriore conuentione ratio haberetur. Non ergo ſolus eſt, ſed potior in primo pignore, hic, qui prior credidit. Ideò autem dubitari non poteſt quin potior ſit, quod non ponimus factam hîc vllam nouationem, in eóque differt hæc ſpecies ab illa, de qua *in d. l. 3.* vbi tota ratio dubitandi, vt monuimus, non aliunde pendebat quàm ex nouatione. In propoſito autem nec de illo dubitat Papinianus, quin prior creditor nullum ius habuerit vendendi pignora quæ ſecundus creditor priore loco acceperat, quia cùm in ijs pignoribus ſit poſterior tempore, tum quoque cùm ea accepit ob eundem contractum cuius nomine prior fuit, quando non quis prior contraxerit quærendum eſt, ſed quis prior pignus acceperit aut ſaltem de pignore conuenerit, certum eſt non potuiſſe illum iure ſuo vendere pignora ſecundo creditori priùs data, niſi poſt dimiſſum ſecundum creditorem. Cui conſequens ſit, vt ſi de illo tantùm quæratur, an pignorum poſſeſſores ſiue ijdem emptores, ſiue alij ſint, conueniri per hypothecariam à ſecundo creditore poſſint, nullam quoque res hęc habeat dubitationem: Tunc enim emptores pignorum ſecuri ſunt, vt de proprietate vinci non poſſint cùm ab eo creditore emerunt qui habuit ius vendendi, hoc eſt qui potior fuit in iure perſequendi pignoris & diſtrahendi *l. qui à creditore 18. Cod. de diſtract. pignor. l. 2. C. ſi antiq. credit. pign. vendid.*

ERROR

ERROR SECVNDVS.

De creditore poſteriore qui pignus alij anteobligatum nullo iure vendidit.

ET in hoc rurſum differt hæc ſpecies quam nunc tractamus ab illa, de qua *in d.l.3.& in d.l.12.§.Papinianus.D.qui potior.in pign.hab* Nam cùm eadem pignora primo & ſecundo creditori data ſunt, poteſt ea primus creditor iure ſuo vendere ſi pecuniam neque debitor neque ſecundus creditor offerat, atque ita nullus dubitandi locus relinquitur an poſſit à ſecundo creditore poſteà inquietari emptor, quem certum eſt non poſſe *d.l.2.& 3.Co.ſi antiq.credit.pign.vend. d.l.qui à creditore 18.C.de diſtract.pignor.* Soláque poteſt illa quæſtio ſupereſſe, An primus creditor qui ex venditione ſui pignoris plus accepit, quàm ei deberetur, aliqua actione teneatur eo nomine creditori poſteriori, & qua actione. At cùm primus creditor ea pignora vendidit quæ ſecundo creditori fuerant priùs obligata vt in ſpecie *d.l.1.D.de diſtract.pignor.* Sicuti certum eſt ſecundo creditori ſaluam eſſe hypothecariam contra emptorem cui primus creditor nullo iure vẽdidit tanquã qui in ijs pignoribus tertius poſſeſſor fuerit non primus,ita dubitatio tantò maior relinquitur,an primus ille creditor qui precium accepit pignorum in quibus potior ſecũdus fuit,aliqua ei actione teneatur ad totius precij reſtitutionẽ.Etenim ſi tùm quoque cùm primus creditor iure vendidit, placet tamen poſſe illum conueniri, vt quod ſuperfluum ex anteriore credito accepit, hoc ſecundo reſtituat, conſequens videtur vt multò magis teneri debeat is qui nullo iure vendidit, cùm prorſus indebitum dici poſſit,quicquid ab eo perceptum eſt ex venditione pignoris cuius vendendi nullum ius habuit *l.1.Cod.de reb.alien.non alienand.l.ſi eum ſeruum 23.D.de reb.credit.* Ne alioqui eueniat quod abſurdum ſanè videatur, vt meliore condicione ſit,qui pignus nullo iure,quàm qui ſuo iure diſtraxit.Et tamen negat Papinianus *in d.l.1.de diſtract.pignor.*ob eam rem dari vllam debere actionem in perſonam contra eum ſecundo creditori qui pignora ſua requirit. Ait enim nullam competere nec vtilem dandam eſſe: quibus verbis, vt Bartolus quoque bene vidit, omnis actio excluditur, quam in propoſito caſu ex æquitate fortaſſis dare quis vellet, vt ſolent plerumque actiones dari ex æquitate, licèt ratio iuris deficiat quæ ideò vtiles appellantur, quòd dentur ob vtilitatem publicam, ex qua ciuilis legiſlator ſuam ſemper æſtimat æquitatem. Addit Papinianus, nec furti poſſe hunc priorem creditorem rectè conueniri *rerum mobilium gratia*, id eſt ſi de rebus mobilibus oppigneratis tractetur, cùm immobilium fieri furtum non poſſit. Subiungítque rationem, *quia propriam cauſam, ordinis errore ductus, perſecutus videtur.* Quæ ratio generalis meo iudicio eſt, nec tantùm ad furti actionem, ſed etiam ad quamlibet aliam perſonalem denegandam accommodata. Senſus enim eſt, priorem hunc creditorem cùm pignora ſecundo creditori priùs obligata nullo iure vendidit non tam alienũ quàm ſuum negotium & geſſiſſe & gerere voluiſſe cùm ſe priorem putaret ac potiorem in iure pignorum,vel ob hoc ſolùm quòd prior contraxerat,tametſi conuentionem pignoris ob illa pignora poſterior interpoſuiſſet, in quo verſatur ordinis error, cùm non ſemper cauſam obligationis cauſa pignoris ſequatur,

Digitized by Google

ſed ita demum ſi vel eodem tempore vtraque obligatio contracta ſit, vel conuentionis verba ſint eiuſmodi vt in dubio eam interpretationem admittant, quemadmodum in ſpecie *l. inſulam 13. D. qui potior. in pignor. hab.* Eſt verò hic error ſatis probabilis, ſi ponas generalem iſtam conuentionem de bonis omnibus debitoris obligandis interpoſitam fuiſſe à primo creditore ob eundem ipſum contractum pro quo primus erat creditor, & ex cuius cauſa idem ille certa prædia pignori acceperat, de quibus dubitari non poterat quin ea vendendi ius haberet. Nam ſi ponas interpoſitam fuiſſe conuentionem illam generalem ob alium contractum qui ſecundi creditoris conuentionem ſecutus ſit, difficilius eſt vt ordinis errore ac non potiùs dolo malo ductus videatur creditor, qui ſciens ſe & in contractu, & in pignore poſteriorem eſſe, vendidit tamen pignora, quæ ſciuit alij creditori & anteriori, & priùs data. Papiniani tamen ſententia eſt, adhuc in hoc caſu idem dicendum eſſe, nihílque penitus referre an primus creditor ſecundam conuentionem generalem poſt ſecundum creditorem interpoſuerit ob alium nouum contractum, an ob eundem. Vtroque enim caſu potuit primus creditor ductus errore, quamuis non æquè probabili, exiſtimare ius ſibi eſſe diſtrahendorum pignorum de quibus conueniſſet, eorúmque confundendorum, quomodo fideiuſſor de quo idem Papin. *in l. fideiuſſor 32. D. de neg. geſt.* putabat in illa ſpecie ſuę indemnitati confuſis prædiis conſuli poſſe: Præſertim cùm dici ſoleat, Creditoris arbitrio permitti ex pignoribus ſibi obligatis, quibus velit diſtractis ad commodum ſuum peruenire *l. creditoris 8. eod.* adeóque etiam ob chirographariam pecuniam pignus retineri poſſe *tit. C. etiam ob chirogr. pecun.* Neque verò videtur dolo facere qui in iure errat *d. l. fideiuſſor. l. ſed etſi lege 25. §. ſcire D. de hæred. petit.* vbi exemplum adfertur de illo qui cùm ſciret alium agnatum præcedere ſibi tamen defuncti agnati hereditatem delatam eſſe putabat, quam ex lege 12. tabul. proximo agnato deferri omnes ſciunt. An non autem probabilior eſt error creditoris, qui quòd in vno contractu prior ſit, licèt quod ad alium, ſe poſteriorem non ignoret, putat tamen ſe in vtroque eſſe potiorem?

ERROR TERTIVS.

De creditore anteriore pignus vendente pro debito poſteriore.

QVARE nec puto diſtinguendum, an primus hic creditor bona ſibi generaliter tantùm obligata vendiderit pro priore credito an pro poſteriore: Non ob id ſolùm quod Papinianus non diſtinguat, ſed etiam quia tametſi multò probabilior videatur error eius qui pignus in quo poſterior eſt perſequitur pro anteriore debito conſequendo, quàm illius qui pro poſteriore, multóque craſſior iuris imperitia, nihil tamen niſi iuris error eſt quem dolo imputare probabiliter nemo poſſit: nec eo minùs verum eſt creditorem & errandi cauſam habuiſſe ex eo quod pro primo cōtractu prior fuerit, & ſuum non alienum negotium geſſiſſe, cùm pignora etiam nullo iure vendidit vt conſequeretur quod ſibi debitum, ſiue priore, ſiue poſteriore loco erat; Quamuis ponamus ſciuiſſe illum ſecundi ius creditoris, eiuſdémque hac

quæ hac parte anterioris. Hoc ſiquidem neceſſariò ponendum etiam eſt, vt ordinis error aliquis obiedi poſſit. Quomodo enim ordinis errore labi poſſet is, qui ſe creditorem ſolum, aut pignoratitium ſolum putaret? Cùm ergo ſuum magis quàm alienum negotium geſſerit, nemo dixerit poſſe illum teneri actione negotiorum geſtorum, qua tenentur qui aliena negotia ſic gerant vt ſe gerere non ignorent, licet in gerendo labantur imperitia & aliquo errore vt in *d.l. fideiuſſor 32. & pß. D. de negot. geſt.* Eademque ratio facit vt neque pignoratitia actione teneatur, qua ſolent teneri creditores qui per cauſam & occaſionem pignoris plus perceperunt quàm eis deberetur *l. penult. D. de pignorat. action.* ſiue dicas non aliam fuiſſe rationem inducendæ hoc caſu pignoratitiæ actionis, quàm quòd in pignore creditor quodammodo procurator debitoris eſſe videatur in eo nimirum quod crediti modū & quantitatem excedit *l. ſi pignori 29. in fin. D. famil. erciſc.* quod tamē non ſatis verè dicitur cùm in venditione, quæ fit ex pacto (ſic enim legendum eſt in *dict. l. penult.*) ſuum creditor negotium gerat, non alienum, quæ res mandati actionē excludit, ſiue potiùs quod ſoluto debito quicquid ſuperfluū eſt reperiatur penes creditorē ſine cauſa, & tamē per occaſionē dati pignoris *l. vlt. C. de luit. pignor. l. vlt. C. ſi vendit. pignor. agat.* Nō enim fuit in hac ſpecie primus creditor procurator ſui debitoris, multoque minus ſecundi creditoris quia ſuum dūtaxat proprium non alienum negotium geſſit, neque ex pignorum etiam quę non iure diſtraxit, venditione plus percepit quàm ei debebatur. Denique vēdendo pignora quamuis nullo iure, ius tamen ſuum nec aliud prætereà quicquam vendidiſſe intelligitur, vt & in ſpecie *d.l. fideiuſſor verſ. creditor*, vbi cùm ſimiliter quæreretur an iudicio quod de pignore dato redditur, id eſt pignoratitia actione condemnari poſſet creditor nō ſolùm à debitore ſed etiā à fideiuſſore, eodemq; creditore debitoris, cùm ab eo fideiuſſore percepiſſet plus quàm ei deberet fideiuſſor, non tamen plus quàm deberet is qui dederat fideiuſſorem, negat Papinianus conueniri poſſe, *cùm ius ſuum*, inquit, *vendidiſſe videatur*: quod ipſum nihil ſanè aliud eſt quàm quod aliis verbis idem Papin. ſcribit *in d.l. pen. D. de pignorat. act. & in d.l. 1. de diſtract. quia propriam cauſam perſecutus videtur.* Vnde apparet nec de alia actione quàm de pignoratitia intelligi poſſe, quod ſcriptū eſt *in d.l. 1.* de perſonali actione tā directa quā vtili contra creditorem deneganda, qui pignora ſecundo creditori prius obligata nullo iure diſtraxit. Certum quippe erat actionem negotiorum geſtorū non poſſe competere in illa ſpecie, in qua creditor primus vendendo communia pignora nō poterat ſecundi creditoris rem ita gerere, quin etiam gereret ſuam, niſi fortè debitum ſuum aut ſaltem ius pignoris in totum remittere voluiſſet *l. ſi communes 40. in fin. de negot. geſt. l. ſi quis putans 61. §. ſiue autem verſ. cæterùm D. commun. diuid.* Subiicit Papin. *in d.l. 1. præſertim cùm alter creditor furti poſſeſſionem quæ non fuit apud eum, non amiſerit.* Quæ ratio ſpecialis eſt ad ſolam actionem furti aduerſus creditorem hunc denegandam. Cùm enim furtum nihil aliud ſit quàm interuerſio poſſeſſionis alienæ rei mobilis, conſtat non potuiſſe primum creditorem furtum ſecundo facere vendita re mobili in qua pignus fuerat conſtitutum non per traditionem, ſed per nudam conuentionem. Neque enim poſſeſſio per ſolam conuentionem transferri poteſt, ſed tantùm per traditionem, nec fieri poteſt vt quis furti agat eius rei nomine, cuius neque poſſeſſionem, neque dominium vnquam habuerit *l. ſi gratuitam 17. alias l. ſi rem §. vlt. D. de præſcr. verb.* Addit poſtremo loco

Digitized by Google

nec actione ad exhibendum teneri poſſe creditorem ob factam nullo iure venditionem pignorum ſecundo creditori priùs obligatorum : quia neque poſſidet, neque dolo fecit vt deſineret poſſidere, quorum alterutrum neceſſarium eſt vt ad exhibendum actio locum habere poſſit. Ideò autem nihil dolo fecit, quia errore potiùs & iuris imperitia lapſus eſt, error autem iuriſque imperitia neque dolus eſt *d.l.fideiuſſor & d.l.ſed etſi §.ſcire de petit. hered.* neq; cuiquam nocere ſolet certanti de damno vitando *l. error facti 8. D. de iur. & fact. ignor.* Damnum porrò incurreret hic creditor quo de agimus, ſi actione aliqua teneretur ob venditionem nullo iure factam pignorum, cùm ex ea vēditione nihil niſi quod ſibi verè debitum erat perceperit, eáque perceptione liberauerit debitorē, qui vtiq; liberatus nō eſſet ſi qua actione creditor ad reſtitutionē accepti precij, ſiue in totū, ſiue pro parte teneretur *l. quæſitū 9. D. eod.*

ERROR QVARTVS.

De ratione differentiæ inter ſpecies à Papiniano tractatas in d. §. Papinianus & in d. l. 1. & ad l. fideiuſſor 32. D. de negot. geſt.

SEQVITVR, inquit Papinianus, *in d.l.1. vt ſecundus creditor poſſeſſores interpellare debeat*, Propoſita ſcilicet hypothecaria quæ in rem actio eſt, nec magis poſſeſſoris quàm domini mutatione extinguitur *l. ſi creditor 28. D. de pignor. act. l. debitorem 15. C. de pignor. d. l. creditor 12. in princip. verſ. ſed ſi cum alio D. qui potior. in pign. hab.* Hoc verò dubitationem nullam habet quin hypothecaria conueniri poſſit quiſquis res obligatas poſſidet nullo iure diſtractas, neque hac parte videri poteſt ſecū pugnaſſe Papinianus *in d. §. Papinianus*, in cuius ſpecie cùm venditio pignorum iure facta eſſet à primo creditore, non poterat vtique ſalua eſſe creditori ſecundo hypothecaria contra emptorem, aliúmve poſſeſſorem. Et hoc quoque Accurſius noſter bene vidit. Sed nō bene ſoluit nodum, qui totus in illo eſt. Cur ergo in ſpecie *d.l.1.* nulla detur in perſonam actio ſecundo creditori cōtra primum, quomodo datur in ſpecie *d. §. Papinianus*. Siquidem hæc ipſa ratio quæ facit vt ij qui bona nullo iure diſtracta poſſident conueniri per hypothecariam poſſint, quia ſcilicet ea bona nullo iure diſtracta ſunt, etiam facere videtur, vt tantò magis teneri debeat primus creditor qui accepit precium pignorum ſecundo creditori obligatorum, cui teneretur etiamſi ea pignora iure vendidiſſet. Alioquin eueniet quod abſurdum eſſe iam diximus, vt deterioris cōdicionis futurus ſit primus creditor qui ſuo iure pignora vendidit, quàm qui nullo iure. Videtur enim Accurſius non aliam cauſam inueniſſe propter quam danda ſit actio ſecundo creditori aduerſus primum in ſpecie *d. §. Papinianus*, quàm quòd nulla ei actio contra poſſeſſores ſupereſſet, cùm iure facta pignorum vēditio proponeretur. Ideóque nimirum putat idem Accurſius, etiam in ea ſpecie quæ à Papiniano tractatur *in d.l.1.* dandam eſſe perſonalem actionem ſecundo creditori contra primum velut in ſubſidium ſi qua fortè cauſa ſit, ob quam interpellari poſſeſſores nequeant, puta quòd pignora quæ nullo iure diſtracta fuerant, vel perierint, vel poſſeſſoribus acquiſita ſint per longi temporis præſcriptionem, de qua in *l. 1. & 2. C. ſi aduerſ. credit. præſcr. oppon.* Quaſi verò fieri nequeat vt & actio perſonalis competat ſecundo creditori contra primū, & hypothecaria contra poſſeſſorem.

Atqui

Digitized by Google

Atqui vt deneget Papinianus ſecundo creditori actionem perſonalem aduerſus primũ in ſpecie *d. l. 1.* non mouetur ex eo,quòd poſſit idem ſecundus creditor interpellare poſſeſſores,ſed ex aliis rationibus , quibus nõ eo minùs locus eſſet,etiamſi poſſeſſores interpellari non poſſent.Et è cõtrario non dat ille hypothecariã ſecundo creditori cõtra poſſeſſores ob eam rationẽ ꝙ non poſſit ei cõſultũ eſſe per actionẽ perſonalẽ aduerſus primũ creditorẽ eũdémque pignorũ venditorẽ,ſed poſt allatas rationes quæ facerẽt ne actio vlla ꝑſonalis hoc caſu cõpetere poſſit, cõcludit:Eſſe igitur cõſequens vt neceſſariò debeat ſecundus creditor interpellare poſſeſſores,tanquã omni alio deſtitutus auxilio.Etſi autẽ cùm dicit debere,præſupponit poſſe , illatio tamẽ illa & collectio qua vtitur Papinianus,non probat poſſe, de quo nec dubitandi cauſa vlla erat,ſed probat debere,de quo ſolo poterat dubitari,cùm in perſonam quoque actio aduerſus primum creditorem aut ipſo iure competere, aut ſaltem ex æquitate danda eſſe videretur.Debuit ergo Accurſius dicere quòd ego reſpondendum exiſtimo,in ſpecie *d. §. Papinianus*,dari actionem ſecundo creditori contra primum ad reſtitutionem ſuperflui quod ex communium pignorum venditione redactum eſt,non quia hypothecariam eo caſu habere non poſſit diſtractis iure ritéq; pignorib. (quid enim obſtaret quominus nec perſonalẽ,nec hypothecariam exercere poſſet;quomodo è cõtrario nihil vetat vtramq;vel ſimul,vel ſeparatim ab eo proponi,ſiue contra eandẽ perſonam,ſiue contra diuerſas? *l. diſtractis 14. l. perſecutione 24. C. de pignor. l. eſt in arbitrio 14. C. de oblig. & act.*)ſed quoniã æquum non eſt lucrari eũ quicquã ex pignore,quod nõ ad eũ finẽ acceperat vt lucraretur,at tantùm vt ſuæ indẽnitati conſuleret,ſatíſq; cautum haberet *l. ſi mandatu 59. §. vlt. D. mandat. l. 4. §. addici 8. D. de fideic. libert. l. filio 7 in fin. D. vt legat. vel fideic. ſeruand. cauſ. caueat.* Quicquid ergo ex pignoris vẽditione conſecutus eſt ſuprà quàm ei deberetur ex ea cauſa pro qua pignus datum fuerat,reddere illum oportet, ſiue debitori ſi alius creditor nullus ſit,ſiue ſecundo creditori qui habuit idem pignus obligatum,& cuius fuit ius confirmatum in eo pignore , ſtatim atque priori creditori quoquomodo ſatisfactum eſſe cœpit. Parúmque refert , quod ad hanc rem pertinet,an prior ille creditor pignus cõmune iure diſtraxerit,an nõ iure. Non.n.poteſt maior eſſe fauor creditoris,qui iure diſtraxit,in eo quod excedit ſummã quæ fuit ei debita,ex eo contractu,cùm pro ſuperfluo illo ne quidem ſit creditor,tantùm abeſt vt ſit anterior,& ob eam cauſã, fauore aliquo dignus.Cõtrà verò etiamſi nõ iure diſtraxerit,dũmodò tamẽ nõ dolo malo, ſed per errorem potiùs,& imperitiã id fecerit,fauore dignior eſt quàm odio, quatenus & quandiu verus creditor manet,vt nimirũ nulla actione teneri debeat ſecũdo creditori nõ magis quàm debitori ipſi ob vẽditionẽ illã nõ iure factã,dũ ne quid ſupra debiti ſui quantitatẽ,legitimáſq; acceſſiones exegerit. Quæ ſpecies eſt à Papiniano tractata in *d. l. 1. de diſtract. pignor.* in eo potiſſimũ diſſimilis ab illa de qua *in d. §. Papinianus*,vbi tenetur primus creditor ſecũdo creditori,nõ ꝗa pignus vẽdiderat,præſertim cùm iure vẽdidiſſet,at quia plus ex vẽditione redegerat q̃ ex eo cõtractu ob quẽ vẽdiderat,ſibi deberetur. Porrò quod ille pignoratitio iudicio teneretur reſtituere debitori ſi aliud debitũ nullũ eſſet,quidni etiã præſtare cogẽdus ſit eâdẽ actione ſecũdo creditori,vt hoc ſaltẽ ex ſua cõuẽtione pignoris poſt dimiſſũ anteriorẽ cõſequatur,quod ſine anterioris & ſine debitoris diſpẽdio futurũ ſit? *arg. l. in creditore 38. in fi. D. de euict.* Pignoratitiã.n.actionẽ dubitãdũ nõ eſt, cõpetere aduerſus creditorẽ de

ſuperfluo non tantùm debitori, licèt pro eo præcipuè comparata ſit, ſed etiã creditori cuilibet habenti cauſam à debitore, ac cuius intereſt, vt omnium elegantiſſimè probat aliud reſponſum illud Papiniani *in d. l. fideiuſſor verſ. creditor De negot. geſt.* qui locus ſicuti de pignoratitio iudicio apertè loquitur, vt oſtendit coniunctio, *d. l. penult. D. de pignor. act.* quæ eſt ex eodem libro reſponſorum Papiniani, ita nec poteſt intelligi aliter, quàm vt creditor in ea ſpecie fideiuſſori debitoris non poſſit teneri pignoratitia actione, non autem ſic, vt actione illa non teneatur debitori. Quonam enim colore potuiſſet debitor pignoratitiam exercere aduerſus creditorem, qui neque ex pignore, neque per occaſionem pignoris plus conſecutus eſſet quàm debitor ei debuiſſet? At fideiuſſor non abs re actionem illam proponere poſſe videbatur, quòd re vera ſoluiſſet plus quàm debuiſſet ipſe, ſuſceptis nimirum pignorib. alterius quoque contractus, qui perſonam eius non contingebat. Darétque illi haud dubiè pignoratitiam actionem ea ratio, ſi non fortior illa faceret pro creditore, quod accipiendo à fideiuſſore pecuniam quam fideiuſſor nõ debebat, ius ſuum ei vendidiſſe videatur, quod habebat ex cauſa alterius contractus fideiuſſorẽ hunc non contingentis, potiùs quàm contractum cui fideiuſſor acceſſerat, exequi voluiſſe, cur verò daretur in ea ſpecie pignoratitia fideiuſſori? An quia erat ipſe quoque debitor? Minimè: nec enim pignus ille dederat, ſed alius pro quo ſe conſtituerat fideiuſſorem: ſed quia erat ille creditor eiuſdem debitoris, ob ſolutum ex cauſa fideiuſſionis omne id quod debebatur, eiúſque proinde intererat condemnari ei creditorem ad reſtituendum id quod pro altero contractu fideiuſſorem non contingente accepiſſet, ſi totum quod acceperat creditor, non fuiſſet ei debitum: Nempe quia & pro ſuperflua illa pecunia æquè pignoratitia debitori competiiſſet, nec quicquam intereſt creditoris an à debitore ſuo, an ab alio debitoris ſui creditore conueniatur actione pignoratitia pro reddenda ea quantitate, quam reddere omnino habeat neceſſe. At intereſt creditoris ſecundi, qui non tantùm debitorem ſuum habuit obligatum, ſed etiam pignus quod ab anteriore creditore, ſiue iure, ſiue iniuria diſtractum eſt, vt quod ex precio ſuperfluum eſt penes creditorem qui vendidit, per huiuſmodi actionem conſequatur, quod etiam ceſſante huiuſmodi actione, per aliam ſaltem cõſequi deberet, puta per condictionẽ ſine cauſa vt ſeq. cap. dicemus ex *l. ſi enim ſeruum 23. de reb. credit.*

ERROR QVINTVS.

Quantum interſit an creditor ſuo iure an nullo vendiderit, & cur durior conditio ſit eius qui ſuo iure vendidit, quàm eius qui nullo.

VERVM ille adhuc ſcrupulus ſupereſt, quod in ea ſpecie quam Marcianus ex Papiniano tractat *in d. §. Papinianus*, creditor anterior non plus ex venditione pignorum communium exegerat quàm ſibi deberi ſciret, computata nimirum ea ſumma quam poſt ſecundum creditorem & tertio loco crediderat, nec eo minùs tamen vult Papinianus eum teneri ſecundo creditori pro ea ſumma quã exegit ſupra debiti primi quantitatem. Non igitur verum eſſe poteſt, inquies, quod nos diximus, idcircò teneri ea in ſpecie priorem creditorem poſteriori actione pignoratitia quod plus exegerit quàm debebatur. Idque apparet ex eo euidentiùs quòd ſi ſecundus creditor nullus eſſet, nihilomagis haberet pignoratitiam debitor, quia prohibere non poſſet quin

precium.

Digitized by Google

precium pignoris iure vẽditi etiam in eam ſummam expenſum ferri debere quam ipſe poſteà ſub eodem pignore mutuam accepiſſet. Cur ergo dabimus ſecundo creditori pignoratitiam quę debitori ipſi competere dari ve non poſſet? Præſertim cùm etiam admiſſo eo quod volumus, vt ſecundo quoque creditori qui idem pignus obligatum habuit pignoratitia accommodari poſſit, non alio tamen iure videatur id fieri quàm vt eam creditor habeat ex perſona ſui debitoris, ceſſatéque videatur hoc caſu ratio quam ſuprà attulimus, quòd nihil interſit creditoris, an à debitore ſuo, an ab alio poſteriore creditore pignoratitia conueniatur. An non enim maximè ipſius intereſt vt eo ſaltem caſu non conueniatur, quo nec à debitore ſuo conueniri poſſet? Reſpondendumq́ eſt multùm intereſſe an creditor qui pignus ſibi & alij creditori datum vendidit, plus ex ea venditione conſecutus ſit quàm ei debebatur ſimpliciter & abſolutè, an verò plus quàm deberetur ex ſolo illo contractu ob quẽ pignus acceperat. Priore caſu omnimodo verum eſt teneri de ſuperfluo creditorem actione pignoratitia, ſiue iure, ſiue iniuria diſtractum pignus proponatur, nec minùs ſecundo creditori quàm debitori, ſecundum ea quę ſuprà diximus. Poſteriore autem caſu diſtinctio neceſſaria eſt, an iure venditum ſit pignus à priore creditore vt *in d. §. Papinianus*, an nullo iure vt *in d. l. 1. de diſtract. pignor.* Si pignus iure venditum ſit nõ poteſt creditor anterior idémque venditor expenſam ferre pecuniam, quam poſteriore loco credidit, ſed eam tantùm quam ante ſecundum creditorem, ideóque de ſuperfluo conueniri à ſecundo creditore poteſt per actionem pignoratitiam, etiamſi adhuc verum ſit ei deberi *d. §. Papinianus*, at ſi nullo iure facta vẽditio ſit, neq; pignoratitia, neque actio alia vlla cõpetit ſecundo creditori aduerſus primum, ſi modò nõ plus exegerit primus quàm ei deberetur, tametſi plus exegerit quã ex priore & potiore contractu debitum eſſet *d. l. 1.* & ratio huius differentię quamquam ſatis obſcura illa eſt, quod pignoris venditio iure facta, ex iure quoque recipit interpretationem, quia nec aliud voluiſſe videtur creditor, qui pignus iure vẽdidit, quàm quod iure velle potuit. Porrò iuris interpretatio non patitur vt precium redactum ex venditione pignoris quod non niſi ob anterioris debiti cauſam vendi iure potuit in prӕiudicium ſecundi creditoris pro alia quàm pro anteriore ſumma retineatur: cùm pro reliqua ſumma non potuerit iure fieri venditio pignorum quæ ſecundus creditor ſiue prior acceperat vt *in d. l. 1.* ſiue poſterior vt *in d. §. Papinianus*, ante dimiſſum ſecundum creditorem, nec proinde videtur prior creditor cogitaſſe de ſuo negotio gerẽdo & acquirẽda ſibi pecunia redacta ex precio quatenus excedit debitũ pro quo pignus & vẽditum fuit, & vẽdi iure potuit. Neque quod hoc caſu pignoratitia nulla cõpetat debitori, qui nõdum in plenum liberatus eſt, nocere debet ſecundo creditori, quominùs pignoratitiam ipſe habeat, qui ſcilicet quamuis habeat eam ex perſona ſui debitoris qui pignus vtrique creditori dedit, habet tamen eam ſuo iure & ex proprio contractu, id eſt tanquã creditor & quidẽ pignoratitius, vt proinde mirum non ſit plus iuris eum habere hac parte, quàm debitorem, quo etiam inuito actionem illam habet. Ac quemadmodum dicimus ſecũdo creditori rem teneri etiã inuito debitore tam in ſuum debitũ quàm in primi creditoris, & in vſuras ſuas & quas primo creditori ſoluit *d. l. creditor 12. aliàs l. ſi prior §. fatendum eſt ff. qui potior. in pignor. hab.* nempe quia ius illud offerendi primo creditori habet ex proprio ſuo cõtractu cuius perfecti vires abſurdum ſit pendere à voluntate debitoris, ita & fatendum eſt, ſecundum creditorem

Digitized by Google

qui de pignore conuenit earum rerum nomine, quas primus creditor & pro priore debito,& prior pignori acceperat, ſi res illæ diſtractæ ſint & ex earum precio prior creditor plus perceperit, quàm ex anterioris illius debiti cauſa percipere debuiſſet, pignoratitiam habiturum etiã quam debitor ipſe habere non poſſit,quoniã habet eam ſuo iure,& ex contractu non debitoris,ſed ſuo, quaſi ſibi quæſitam ex quo die obligatam habuit rem primo creditori pignoratam;acſi earum rerum hyperocham hypothecæ accepiſſet vt *in l.& quæ nondum 15.§.vlt.ff.de pignor.l.quærebatur 20.ff.qui potior.in pign.hab.* Nec quæ ratio impedit debitorem ne pignoratitiam de ſuperfluo exercere poſſit, nempe quoniam adhuc debitor eſt,eadem poteſt nocere ſecundo creditori qui non debitor ſed creditor eſt, nec creditor quilibet, ſed anterior in ea quantitate quam prior poſteriorem credidit. Alioqui dicendum eſſet, fore in poteſtate primi creditoris vt poſteà credendo pecuniam,læderet ius ſecundi creditoris, contra *l.1.l.qui balneum 9.l.potior 11.eod.tit.* Nec magis poſſet ſecundus creditor quàm ipſe debitor prohibere ne primus,aut retineret pignus,aut diſtraheret etiam ob chirographariam pecuniam,quod certè abſurdum eſſet *d.l.creditor §.ſi idem bis eod.tit.qui potior.in pign.hab.* At cùm primus creditor nullo iure fecit venditionem pignorum,puta ſecundo creditori priuſquam ſibi obligatorum, & ante dimiſſum tamen ſecundum creditorem, non poteſt venditio, quæ nullo iure facta eſt à iure interpretationem recipere:ſed ex iuris tantùm ratione ſumendum eſt,& inueſtigandum,an pignoratitia,vel alia actione teneri creditor debeat,qui ſuum recipit,nec aliud quicquam præter id quod ſibi debebatur. Placet verò non teneri eum,quia ſuum proprium non alienum negotium geſſit: nec vt iniuriam ſecundo creditori faceret,vendidit pignora in quibus ſecundus ille creditor erat potior,ſed vt ſuum conſequeretur probabili errore ductus cùm ſe in vtroque debito potiorem eſſe exiſtimaret, iúſque habere confundendorum primùm pignorum, deinde diſtrahendorum. Nam ſi cùm ſciret creditorem ſecundum eſſe potiorem quod ad pecuniam poſteriore loco creditam nihilominùs pignora communia nullo iure diſtraxiſſet: Aliud certè probari oporteret,daríque ſecundo creditori aduerſus eum non tam pignoratitiam ex nulla venditione pignoris,quàm condictionem ſine cauſa vt *in d. l.ſi eum ſeruum 23. de reb.credit.* Nec enim careret dolo qui pignus alienum & in quo ſciebat ſe poſteriorem, nullo iure vendidiſſet, adeóque teneri eum actione de dolo æquum eſſet, ſi non eam actionem illud impediret,quòd quoties alia competit,numquam illa danda eſt *l.1.§.ait prætor ff. de dolo malo.* Si tamen ea venditio nullo licèt iure facta per primum creditorem, denunciata ſit ſecundo, iſque tacuerit vt proinde ius ſui pignoris tacitè remiſiſſe videatur, ſecurus erit primus creditor, nec tam ei mala fides ſua nocebit,quàm proderit ſcientia & patientia ſecundi creditoris,qui vtique iuris ſui cauſam & perſecutionem potuit deteriorem conſtituere *l.pactum 46.ff. de pact.l.pen.Co.eod.l.4.§ 1.l.ſi conſenſit 7.& l.ſeq.§.ſi voluntate & paſſ.ff.quib.mod. pign.vel l.ſi eo tempore 6. l.ſi hypothecas 8.C.de remiſſ.pignor.l.1.C.de precar.& Saluian.interd.*

ERROR SEXTVS.

De actione quam dant interpretes ſecundo creditori contra primum in ſpecie d. l. creditor 12.§.Papinianus alias l.ſi prior ff.qui potior.in pignor.habeant.

NON

Digitized by Google

NON viderunt interpretes, quod nos ſuprà docuimus, in ea ſpecie, quam Marcianus ex Papiniano tractat *in d.l.creditor 12. §.Papinianus*, aliàs *l.ſi prior D.qui potior in pignor.hab.* actionem quam dedit ille ſecundo creditori contra primum de ſuperfluo precij redacti ex venditione pignoris per primum iure venditi non aliam eſſe poſſe quàm pignoratitiam, quæ licèt non aduerſus alium competere poſſit, quàm aduerſus creditorem, alij tamen competere poteſt quàm debitori, puta ſecundo creditori cuius interſit, quòd habuerit idem pignus obligatum. Itaque ſupponentes pro certo interpretes pignoratitiæ actioni locum in ea ſpecie nullum eſſe poſſe, quærunt de genere & nomine actionis. Et Accurſius quidem tres adfert, Condictionem ex lege, Actionem in factum, & Officium iudicis quod vice actionis eſſe poſſit. Sic enim ille ad *l.1.D.de diſtr.act.pignor.* ſed ita vt non aperiat quam ex tribus potiùs dandam putet, niſi quod ad *d.§.Papinianus.* magis probare videtur, vt actio in factum ex hac cauſa competat, eius ſiquidem ſolius meminit, adiecto tamen articulo *fortè* vt dubitantem agnoſcas. Bartolus verò ad *d.l.1.* etſi admittit poſſe defendi tribus illis auxiliis poſſe conſultum eſſe poſteriori creditori aduerſus priorem, concludit tamen magis ſibi placere, vt danda ſit hoc caſu condictio ex lege: mihi videtur nihil horum probabiliter dici poſſe. Nam ſi verum eſt quod ait Paulus *in l.1.D.de condict. ex leg.* Tunc ex lege agendum eſſe cùm aliqua noua lege obligatio introducta eſt, nec cautum eâdem lege quo actionis genere experiamur: Quis obſecro eſſe poteſt locus condictioni ex lege in hac ſpecie, in qua neque obligatio vlla noua introducta eſt, neque lex vlla lata de qua dubitari poſſit an obligationem nouam induxerit. Etſi enim poſt Iuſtiniani conſtitutiones de conceptione & cõfirmatione Digeſtorum eam vim habent reſponſa prudentum omnia quæ extant in Pandectis, vt legũ authoritate cẽſeãtur. Quis tamẽ ferat eò vſq; id extẽdi, vt cõdictio ex lege vocari poſſit actio vllã quã ſiue Papinianus, ſiue Marcianus, ſiue quis alius ex antiquis prudẽtib. ſcripſerit & reſpõderit dãdã eſſe? Habuerũt iã olim prudẽtũ reſpõſa vim & authoritatẽ iuris *§.reſponſa Inſt.de iur.natur.gent.& ciuil.l.2.D.de orig.iur.* Sed legũ poteſtatẽ nũquã habuerũt, multò minùs verò dici leges vnquã potuerũt, cùm nec prudẽtes ipſi nomẽ illud accõmodauerint niſi legibus latis per populũ Senatorio magiſtratu interrogãte, ac quibus poſſit cõuenire legis diffinitio à Iuſtiniano tradita *in §.lex eſt ill.tit.D.de iur.natur.gent.& ciuil.* Qualis fuit lex Iulia, lex Cincia, & leges Talariæ de quibus exemplũ ponit Iacob. Cuiac. *in Parat.ad tit.De condict.ex leg.D.& C.* Neq; verò cùm Papinianus aut ex Papiniano Marcianus ſcripſit *in d.§.Papinianus*, priorẽ creditorẽ, qui pignus ſibi priori traditũ, deinde alij poſteriori obligatũ iure vendidit, teneri ſecũdo creditori vt ſuperfluum precij quod ex anteriore credito accepit ei reſtituat, ita ſcripſit vt nouã actionẽ & in eũ vſq; diẽ incognitã, aut vt nouã obligationẽ induceret, quorũ neutrum facere potuiſſet: At potiùs vt ius illud exprimeret, quod iã tùm obtinebat, & de quo perinde alius Iurecõſultus quilibet reſpõdere debuiſſet. Idq; verba etiã ipſa, quibus ſiue Papinianus, ſiue Marcianus in exprimẽda Papiniani ſentẽtia vſus eſt, non obſcurè teſtantur, quibus tantùm abeſt vt actio aliqua, vel obligatio noua inducatur, vt neq; actionis vllius mentio ibi fiat. Nihil enim aliud Marcianus ſcribit, niſi quòd ſi prior creditor nouatione facta eadẽ pignora cũ aliis acceperit, ſuccedit in ſuũ ipſiꝰ locũ, adeò vt ſi ſecũdus creditor pecuniã nõ offerat poſſit prior

pignora vẽdere. Sed ita vt prima tãtũ pecuniã poſſit accepta ferre, nõ ea quã poſtea credidit, & quod ſuperfluũ accepit ex anteriore credito, hoc ſecundo reſtituat. Quod vtiq; poſſet nõ incõmodè ſic accipi, vt nulla tamen in ea re actione ſecundus creditor egeret, cùm poſſet ille ſatis ſibi conſulere intercedendo ne pignus diſtraheretur, niſi ea lege vt ſibi daretur ſuperfluum pretij, vel ab emptore ipſo pignoris, vel ſaltem ab anteriore creditore. Quo caſu ſufficeret ei quod ex ſuo contractu haberet hypothecariam contra emptorem *d. l. creditor verſ. Sed ſi cum dio*: Quaſi non liberato in plenum pignore quandiu legi & conditioni ſub qua venditioni conſenſerat, ſatisfactum non fuiſſet vt *in l. à Diuo Pio 15. §. quòd ſi res ſit pignerata D. de re iudic.* Præter id quod poſſet ex ipſa etiam conuentione dari ei actio ſi qua fortè ſtipulatio interueniſſet inter creditores paciſcentes de pignore, ita vti diximus diſtrahendo. Aequamquam non nego Etiam vltrò dandam eſſe actionem poſteriori creditori aduerſus priorem, vt ſuperfluum precij reſtituat, ſi neque ſtipulatio interuenerit, neque ſibi per exceptionem, & interceſſionem conſulere poſterior, aut velit, aut poſſit, optimè tamen probat hæc ratio, nihil minus cogitaſſe Papinianum aut Marcianum ſupradictis verbis *d. §. Papinianus*, quàm vt actionem nouam induceret, qui nec vllius meminit actionis. Conſequens igitur eſt vt condictioni ex lege nullus hoc caſu locus eſſe poſſit. Nec fuit cur Bartolus nos remitteret ad ea quæ tractat ille *in d. l. 1. D. de condict. ex leg.* vbi totam hanc materiam De condictione ex lege intricat & inuoluit tot diſtinctionibus vt facile appareat, nihil aliud aſſecutum eum eſſe niſi vt rem alioqui per ſe claram & facilem faceret difficilem & obſcuram.

ERROR SEPTIMVS.

De condictione ex lege & actione in factum in ſpecie l. creditor 12. §. Papinianus. alias l. ſi prior D. qui potior. in pign. hab. Et ad l. 1. D. de condict. ex leg.

QVID enim clarius, quàm quod hac de re ſimpliciter, & tam paucis verbis ſcribit Paulus *in d. l. 1.* Si aliqua obligatio lege noua introducta ſit, nec cautum eadem lege quo genere actionis experiamur, ex lege agendum eſſe. Legem igitur nouam eſſe primùm oportet, & quod neceſſariò ſequitur nouam quoque obligationem quæ ex noua illa lege introducta ſit. In quo errauit iam olim primus Accurſius eumque ſecutus Bartolus qui dictionem *noua* refert ad obligationem tantùm non ad legem. Nouas enim leges dixerunt Iureconſulti eas omnes quæ ſecutæ ſunt leges duodecim tabularum quæ ſolæ veterum legum nomen & dignitatem habuerunt. Quæ nam verò exempla, vel certiora, vel illuſtriora poſſint adferri quàm quæ idem Accurſius attulit ex *l. quod ex his 28. iunct. §. vlt. leg. preced. D. ad leg. Iul. de adult. l. ſi quis argentum 35. §. ſed ſi quidem C. de donat. l. vn. C. de ſuffrag.* & aliis ſimilibus quæ licet non tam leges verè ſint quàm conſtitutiones Principum, habent tamen vim legum, ita vt non minus quàm leges poſſint dare actionem *l. 2. C. de quadr. præſcript. & tit. D. vt ex legib. Senatuſc. & Princip. conſtit. bonor. poſſ. det.* quod de prudentum reſponſis nemo vnquam dixit. Sed & interdum euenit vt noua lex aliqua & obligationem & actionem nouam introducat, nec eo minus tamen veteres actiones competant quæ antea competebant, ſcilicet

cùm

Digitized by Google

cùm lex non cauit nominatim vt ſola ea actione vtamur, vt idē Paulus ſcribit *in l. quoties 41. D. de oblig. & action.* In propoſita verò quæſtione quænam obſecro lex lata eſt, quænam Principis conſtitutio ad hoc inducendum, vt ſecundus creditor poſſit agere contra priorem ad reſtitutionem ſuperflui precij quod prior creditor ex venditione pignoris ob anterius creditum facta perceperat? Aut quid neceſſe fuit nouam obligationem & actionem inducere, cùm pignoratitia competeret ac ſufficeret? Nam & Bartoli traditio eſt ad *d. l. 1.* cùm quoque cùm noua obligatio & actio per nouam legem aliquam introducta eſt, non ideò tamen competere condictionem ex lege, ſed ex contractu ipſo, ſi lex eam actionem per cauſam & viam contractus induxerit, vt euenit in actione quam Zeno introduxit ex contractu emphyteutico *l. 1. C. de iur. emphyt.* Pignoratitia autem quam nos dicimus ſecundo creditori contra priorem competere, naſcitur ex contractu ipſo pignoris, ideóque vocat eam Papinianus actionem, quæ de pignore dato proponitur *in l. fideiuſſor 32. D. de negot. geſt. & in l. penult. D. de pignor. act. & in l. 2. D. de pignor.* Nullus ergo in propoſita quæſtione locus cōdictioni ex lege relinquitur: nec quod Papinianus, & poſt eum Marcianus in *d. §. Papinianus*, ſcripſit teneri hoc caſu priorem creditorem poſteriori nouam obligationem vel actionem inducit, ſed oſtēdit potiùs ita ius eſſe, vt probabiliter dubitare nemo poſſit, quin actio aliqua eo nomine competat ipſo iure, quæ porrò alia quàm pignoratitia eſſe non poteſt. Nam de actione in factum quam in hac ſpecie dandam eſſe voluit Accurſius, nec Bartolus reluctatur, multò minùs dubito quin competere nō poſſit, cùm ſemper ſit ſubſidiaria, ſiue ſit ciuili, ſiue prætoria, nec alio vllo caſu competat quàm ſi actio nominata & propria nulla ſit, quæ dari commodè poſſit *l. iuris gentium 7. §. 1. D. de pact. l. 1. & ſeqq. l. naturalis 5. §. at cùm do & paſſ. D. de præſcr. verb.* adeò vt ſi actio de dolo competere poſſit, quæ ipſa quoq; non niſi ſubſidiaria eſt, actio in factum tanquam poſtrema inter ſubſidiarias deneganda ſit *l. ſolent 15. in fin. l. permiſiſſi 16. §. 1. eod.* Omnes enim actiones in factum vtiles ſunt, ideóque non niſi ex neceſſitate ob vtilitatem inducendæ, ac proinde ita demum ſi directa nulla competat *l. quoties 21. eod. tit.* Actio autē de dolo ſubſidiaria quidem eſt, ſed tamen directa. Sed & actionem in factū ne hoc caſu locum habere poſſit, illud impedit, quod non naſcitur niſi ex facto aliquo & quidem quod interuenerit inter eum qui agit, & eum qui conuenitur. Nam & inde actiones in factum nomen ſumpſerunt, & ob hoc ipſum perſonales ſemper ſunt, numquam reales, quoniam ex negotio geſto proficiſcuntur. Atqui nullum negotium geſtum dici poteſt inter priorem creditorem qui pignus in quo anterior fuit, iure ſuo vendidit, & poſteriorem qui non cum priore ſed cum ſolo debitore contraxit. Quomodo igitur fieri poteſt vt creditori poſteriori prior ob venditionem pignoris iure factam actione in factum teneatur?

ERROR OCTAVVS.

De ſententia l. 2. D. de pignor. & de pignoratitia actione inter alios quàm inter debitorem & creditorem danda.

DICES Pignoratitiā actionē æquè ex cōtractu cōpetere, nimirū ob pignus datū, & tamen nō à ſecundo creditore datū eſſe pignus priori, ſed

à debitore: conſequens igitur eſſe vt ſoli debitori creditor anterior pignoratitia teneri debeat non poſteriori. Quò videtur etiam reſpexiſſe Papinianus noſter *in d.l.* 2. *De pignor.* vbi tractans de fideiuſſore qui pignora vel hypothecas ſuſcepit, atque ita pecunias creditori ſoluit, ait teneri quidem eum de culpa exemplo creditoris in cuius locum ſucceſſit, ſed tamen non idcirco poſſe conueniri iudicio, quod de pignore dato proponitur, id eſt pignoratitia actione, non alia vt apparet de cauſa, quàm quòd verum ſit non fuiſſe cum eo contractum de pignore, nec datum ei pignus, tametſi in creditoris pignoratitij ius & locum ſucceſſerit. Verùm reſpondeo non iſta ratione motum fuiſſe Papinianum ne daret pignoratitiam actionem creditori aduerſus fideiuſſorē qui pignora vel hypothecas ſuſcepiſſet, at illa potiùs quàm præcedentia eiuſdem legis verba declarant non obſcurè, quòd in ea ſpecie fideiuſſor propria mandati actione & ex proprio contractu conueniri poſſet. *l. ſi mandatu* 59. §. 1. *D. mandat.* Quid enim neceſſe eſt mutuari actionem extraneam ex perſona creditoris cùm propria competat & ex proprio contractu? At ſi nulla competiiſſet non dubitaſſet Papinianus quin pignoratitia debitori ad recipienda pignora ſua dari debuiſſet: Alioqui cur quæreret an pignoratitia competeret in ea ſpecie ſi nullo caſu creditori contra fideiuſſorem dari eam debere putaret? Probat igitur potiùs ea lex, quod nos volumus, poſſe pignoratitiam dari etiam inter alios quàm inter debitorem & creditorē, vt & quod ab eodem Papiniano reſponſum eſt in *d.l. fideiuſſor* 32. *verſ. creditor autem D. de negot. geſt.* de cuius ſententia & ratione ſcripſimus in præcedētibus. Etſi enim pignoratitia naſcitur ex contractu dati pignoris, nihil tamen vetat ſecundum creditorem etiam qui pignus priori non dederit, eam actionem exercere contra priorem ex perſona ſui debitoris ad repoſcendum ſuperfluum quod poſt venditionem pignoris penes anteriorem reperitur ſine cauſa, tum quòd in ius ſui debitoris ex proprij pignoris cauſa ſucceſſerit, nec aliter ius ſui pignoris exequi poſſit, quod tamen ſaluū ei ſupereſſe debet poſt dimiſſum primum creditorem, tum quòd ea ſuperflui reſtitutio debitori profutura ſit, qui eatenus liberabitur, & cui perinde ſuperfluū illud reſtituere creditor omnimodo deberet, ſi ab eo priùs ac potiùs quàm à ſecūdo creditore conueniretur. Quo tamen caſu ius eſſet ſecundo creditori tanquā hypothecario inhibēdi ne fieret ea reſtitutio debitori, nec magis poſſet debitor impedire ne ſecūdus creditor ius ſuum ita exequeretur, quàm prohibere ne pignus creditor ille ſecundus diſtraheret ſi nondum eſſet diſtractum *tot. tit. C. debit. vendit. pignor. imped. non poſſ.* Quidni ergo poſt venditum pignus à priore creditore exactámque ab eo ampliorē pecuniā, quàm quæ ex anterioris crediti cauſa debebatur, licebit poſteriori ſuperfluum exigere per pignoratitiam actionem cùm neque alia vlla poſſit competere, neq; futurum ſit vt ex eo aliquam ſiue debitor, ſiue creditor iniuriam patiatur. Nam & hoc quoque non parui momenti eſſe ſolet cùm quæritur de danda actione *l. in creditore* 38. *D. de euict. l. cùm te* 6. *C. de pact. int. empt. & vendit.* Sed & ratio illa pro actione pignoratitia hoc caſu inducenda multùm vrget, quod cùm creditor iure ſuo pignus diſtrahit, perinde id habendum eſt acſi debitor ipſe venderet per procuratorem, quaſi hac parte creditor ſit procurator debitoris, vt ait Paulus *in l. ſi pignori* 29. *D. famil. erciſc.* Ergo & ſecundus creditor ſimiliter cùm agit de ſuperfluo precij aduerſus priorem creditorem qui pignus ſuo iure vendidit, perinde habēdus eſt pro debitoris procuratore, quia licèt agat rem ſuam vt indemnitati

ſuæ

Digitized by Google

ſuæ conſulat, agit tamen etiam rem debitoris quem haud dubiè facit locupletiorem cùm is à debito liberatur *l. ſi pupilli 66. in fin. D. de ſolut. l. ſpecies 11. D. de acceptilat.* Quidni proinde in eam rem habebit etiam pignoratitiam actionē contra priorem creditorem quam exercere poſſet debitor ipſe ad hoc vt haberet vnde poſſet ſoluere, ac ſatisfacere ſecundo creditori? Aut quid intereſt an ea pecunia per debitorem exigatur, an per ſecundum creditorem quaſi procuratorem debitoris? Ex his apparet, multò minùs dici poſſe, quod Accurſius & Bartolus dicere quidem ſed non adfirmare auſi ſunt, officium iudicis in hanc rem competere poſteriori creditori aduerſus priorem. Nam vt cętera prætermittamus quæ contra tam improbabilem ſententiam adferri poſſent, quid neceſſe eſt ad auxilium hoc implorandum confugere, cùm actionē habeamus pignoratitiam ſcilicet, quæ eo nomine competere poſſit.

ERROR NONVS.

De cumulatione hypothecariæ actionis cum Saluiano, aut alio interdicto adipiſcendæ poſſeſſionis.

ILLA etiam quęſtio ab interpretibus noſtris circa Saluianū interdictum tractata eſt, an poſſit illud cumulari cum actione hypothecaria, ſed omnes conſentiunt poſſe, nec reperitur qui contrà putet, adeóq; nec ferè qui dubitādi cauſam inueniat. Ita primùm Caſtrenſis ad *l. rem alienam num. 10. D. de pignor. act.* & eum ſecutus Neguſantius *in tract. de pignor. in vltimo membr. vlt. part. num. 26.* quos & refert & ſequitur Iacob. Menoch. *in remed. 3. de adipiſc. poſſ. quæſt. 28. num. 159. & ſeqq.* vbi potiſſimā aut potiùs vnicam huius ſententiæ rationem illam adfert, quòd in poſſeſſorio adipiſcēdę petitoriū cū poſſeſſorio cumulari poſſit, ex vera, inquit ille, iuris & Doctorū ſententia, de qua in *l. naturaliter 12. §. nihil cōmune D. de acquir. poſſeſſ.* præſertim per Rip. ibi *num. 142. Per l. cùm fundū 18. §. vlt. D. vnde vi & de vi armat. & cap. paſtoralis de cauſ. poſſ. & propriet.* Facilè verò interpretes noſtri in hāc venerūt ſententiā, quia nec magnā differentiā cōſtituunt inter actionē hypothecariā & Saluianū interdictū, niſi quòd iudiciū actionis hypothecarię volunt, & hoc rectè, eſſe petitoriū, Saluiani verò poſſeſſorium. Cęterùm ſicuti datur hypothecaria contra quemlibet poſſeſſorem. Ita & Saluianum aduerſus quemcunq; poſſidentem dari volunt, & ſicuti non datur hypothecaria niſi in rem quæ probetur iure obligata, ita nec Saluianum dandū arbitrātur niſi pignoris obligatio cōtracta dicatur: ſola actori remiſſa neceſſitate probādi rē illā quę obligata dicitur, fuiſſe propriā, & in dominio debitoris atq; ita obligari iure potuiſſe, quoniā, inquiū t, ſufficit in Saluiano proponēdo allegare hoc & narrare licèt nō probetur, ſed probandū tantùm eſt illata & inuecta per colonū in prædiū ruſticum fuiſſe ab ipſo poſſeſſa tēpore quo illata fuerūt atq; ita tempore obligationis contractæ quod expreſsim docuit Bart. *ad l. 1. nu. 3. D. de Saluian. interd. & ad l. 1. num. 2. C. eod.* Etſi autem vel in hoc maximè differentiam conſtituere videntur inter Saluianum & hypothecariā, in qua nimirum fatentur, quod negare nemo poſſit, incumbere neceſſariò creditori vt probet rem quam pignoris iure perſequitur pertinuiſſe ad debitorē iure dominij eo tempore quo conuentum fuit de pignore, vt & Menochius admittit *dict. quæſt. 29. num. 161.* Si tamen effectum rei inſpicias nulla prorſus niſi verbalis eſt hæc quæ ab interpretibus admittitur differentia. Nam & iidem interpretes volunt, quoties hypothecaria contra debitorem

ipſum aut ipſius heredem exercetur, non eſſe cogendum creditorem vt probet dominium, ſed tantùm vt poſſeſſionem debitoris. Sic enim Afflict. *deciſ. Neapolit. 383. in fin.* In quo igitur volunt meliorem eſſe hac parte condicionẽ Saluiani, quàm hypothecariç actionis? In eo nimirum vt hęc, quam dicimus, differentia tùm obtineat cùm hypothecaria non contra debitorem ipſum, ſed contra tertium poſſeſſorem exercetur, quo demùm caſu omnes admittunt, creditori neceſſariam eſſe dominij probationem. Atqui iam oſtendimus in præcedentibus, nullo penitus caſu poſſe Saluianum competere aut dari cõtra tertium, ſed aduerſus ſolum conductorem eiúſve heredem *ex l. 1. C. de precar. & Saluian. interd.* Ergo quæ ab interpretibus differentia conſtituitur inter Saluianum interdictum & Seruianum iudicium, cùm nulla eſſe poſſit eo caſu quo ſolo aliquam eſſe interpretes volunt, conſequens eſt vt effectu ipſo prorſus nulla ſit. Sed tamen falluntur apertiſſimè in eo quòd remittunt creditori neceſſitatem probãdi dominij ſi agat hypothecaria cõtra debitorem, aut contra debitoris heredem, vt ſequenti Decade oſtendimus, eo caſu condicionis debeat eſſe creditor, quàm cùm agit aduerſus tertium poſſeſſorem. Nec ſanè vllo iuris loco ea diſtinctio prodita eſt, nec rurſum dubitari oportet quin actionis hypothecariç vna eadémque formula olim fuerit, ex qua ſola vim & poteſtatem actionis æſtimari neceſſe eſt, non ex perſona debitoris, præſertim cùm ſiue aduerſus debitorem, ſiue aduerſus tertium poſſeſſorem hypothecaria proponatur, actio in rem ſit, non in perſonam *l. perſecutione 24. & Auth. ſeq. C. de pignor.* Fuit autem proculdubio formula hæc actionis hypothecariæ omni caſu *ſi paret Titium eam rem de qua agitur in bonis habuiſſe, cùm de pignore conuenit, nec ea res Mæuio creditori arbitrio tuo reſtituetur, tunc quanti ea res erit, Mæuio poſſeſſorem condemnato.* Ex natura ſcilicet actionum omnium arbitrariarum *§. præterea Inſtit. de action.* vbi actiones arbitrariæ definiuntur eæ, ex quibus, ſi iudicis arbitrio de reſtituenda re non pareatur, ex bono & æquo condemnatio fit. Atqui nihil de eo quod per ſollemnem formulam præſcriptum eſt remittere iudex poteſt, cui nimirum perinde addictus olim erat atque ſeruus glebæ. Et quamuis ea formulæ impetrandæ dandæque neceſſitas hodie ſublata ſit *tot. tit. C. de formul. & impetr. act. ſublat.* illud tamen ex vetere iure ſemper manſit, vt natura & qualitas actionis perpetuò ſpectanda ſeruandáque ſit ne actionum omnium turbatio confuſióque inducatur, vt nos ad eum titulum ſcripſimus in Codice Fabriano. Eſt igitur hodie non minùs quàm olim hypothecaria actio arbitraria, eandémq; proinde vim & naturã retinens quam veteris formulæ verba præſeferebant. Et conſequenter eadem hodie probanda ſunt agenti hypothecaria, quæ probanda olim erant, eodémque modo quo iam olim concipienda eſt condemnatio, in id omne ſcilicet quod intereſt agentis ſi res arbitrio iudicis non reſtituatur *d. §. in vindicatione & l. ſi inter 21. §. vlt. eod. tit. D. de pignor.*

ERROR DECIMVS.

Quantum diſtet hypothecaria à Saluiano etiam in adipiſcenda poſſeſſione.

EX quo magis apparet quãtũ hypothecaria diſtet à Saluiano, etiã quod ad cauſã adipiſcendę poſſeſsionis pertinet, quãquam.n. dici ſolet, per Seruianã & quaſi Seruianã auocari nudã poſſeſsionẽ *l. ſi cùm vẽditor 66. D. de*

Digitized by Google

D.de euict. dariq; iudiciũ illud ad poſſeſsionẽ adprehendendã, vt ſcriptũ eſt in *l.ſi debitor 10. in fin. D. de pignor. l.3. Cod. eod.* id tamen non ſic accipi debet quaſi in eo iudicio agatur de adipiſcenda poſſeſſione per miſſionem in poſſeſſionem vt volunt interpretes, (eſſet enim alioqui dicẽdum poſſeſſorium iudicium non petitorium, nec rurſus ex interdicto vllo mittitur quis in poſſeſſionem, ſed ex edicto & ex certis tantùm cauſis de quibus *in titu. D. quib. ex cauſ. in poſſ. ſſ. eat.* Poſtquàm verò quis miſſus eſt, dat prætor interdictum ne vis ei fiat *Tit. ne vis fiat ei qui in poſſ. miſſ. eſt.*) ſed ita vt per eam actionẽ poſſit creditor nanciſci & adipiſci poſſeſſionem pignoris, at non tam vi & poteſtate actionis quàm metu condemnationis vt euenit in cæteris omnibus actionibus arbitrarijs, in quibus neque actio, neque condemnatio eſt ad poſſeſſionis traditionem, aut reſtitutionem, ſed tantùm ad litis æſtimationem & ad id quod intereſt ſi res non reſtituatur. Fefelliſſe videtur interpretes, quod viderunt hypothecariam non aduerſus alium exerceri poſſe, quàm qui vel poſſideat, vel dolo malo deſierit poſſidere *d. §. in vendicatione*, nec obſeruarunt non hoc fieri ex eo quod in huiuſmodi iudicio agatur vllomodo de poſſeſſione, ſed quia neque poteſt iudex procedere ad condemnationem niſi præcedente arbitrio & iuſſu rei reſtituendæ, neque arbitrari & iubere rem reſtitui ab eo, qui ſi neque poſſideat, neque dolo malo deſierit poſſidere, non poſſit habere reſtituendæ rei facultatem. Nam & idem euenit in directa rei vindicatione quam tamen certum eſt non de poſſeſſione dari ſed de dominio; ideóque non tam malè quàm fruſtra illum agere qui vindicationem proponit aduerſus non poſſidentem *l. qui petitoria 36. ff. de rei vindicat.* quamuis iudicij effectus non ille ſit, vt dominium acquiratur, quippe quod actor ſuum eſſe contendit, ſed vt vel rei poſſeſſio reſtituatur ſi condemnationem euitare poſſeſſor volet, vel quanti actoris intererit condemnationem patiatur *l. officium 9. l. is qui deſtinauit 24. d. l. qui petitorio 36. l. qui reſtituere 68. ff. eod.* Sic & in actione, quod metus cauſa *l. item ſi cum 14. §. in hac actione & ſeq. D. quod met. cauſ.* & in actione De dolo *l. arbitrio 18. D. de dolo.* & in cæteris arbitrarijs euenit vt non ad reſtitutionem vllius rei condemnetur is qui conuenitur, ſed ad id tantùm quod actoris intereſt ſi res non reſtituatur. Cùm igitur in actione hypothecaria non de poſſeſſione quæratur, ſed de pignore, nec tam in id agatur vt reſtituatur poſſeſſio, quàm vt ſi arbitrio iudicis reſtitutio non fiat, id quod intereſt præſtetur. Apparet non poſſe hypothecariam dici remedium adipiſcendæ poſſeſſionis vt cum Saluiano poſſit concurrere: Atque ita fuiſſe ius vetus vt hæc duo auxilia Seruianæ & Saluiani concurrere numquam potuerint conſtat manifeſtiſſimè ac indubitanter ex eo quod Seruiana & quaſi Seruiana per iudicem expediebatur & per iudicium via ordinaria, id eſt, per actionis formulam quam prætor aut alius magiſtratus præſcribebat iudici dato. Cauſa verò interdicti Saluiani, vt & cæterorum interdictorum apud prætorem ipſum tractabatur, extra ordinem nec dabat prætor iudicem, ſed ipſe interdicebat. Quomodo igitur potuit olim fieri, vt cumularetur interdictum ſiue Saluianum ſiue aliud cum Seruiana quæ & alium habebat iudicem & aliam cognoſcendi pronunciandíque rationem deſiderabat? Sanè cùm hodie ſint ſublatæ differentiæ cognitionum extraordinariarum & iudiciorum ordinariorum *poſt l. 2. Cod. de pedan. iudic. §. vltim. Inſtit. de interdict.* non poteſt hodie ratio hæc impedire cumulationem, & ad hoc fortaſſe reſpexit ſummus Pontifex *in dict.*

Digitized by Google

capit. paſtoralis de cauſ. poſſ. & propr. Etſi conuenientius videtur, vt ea lex pontificia quæ iuris ciuilis authoritate nititur, ſecundum legem ciuilem intelligatur, quæ cumulationem iſtam, vt dixi, nullomodo admittebat, nec aliud velit ſummus Pontifex niſi vt eodem tempore poſſint petitorium & poſſeſſorium proponi, vt olim, niſi cùm certatur de retinenda poſſeſſione. Addamus quod Papinianus noſter nec addidit, nec addere potuit, ſed tamen ſummus Pontifex potuit, & apud eundem iudicem. Nam & id alia ciuili conſtitutione cautum eſt, quæ extat *in l. nulli* 10. *Cod. de iudic.* At nos quæſtionem hanc tractamus contra interpretes & pragmaticos noſtros, qui non diſtinguentes ius nouum à vetere cumulationem poſſeſſorij adipiſcendæ aut recuperandæ cum petitorio iam olim permiſſam fuiſſe arbitrantur. Fateor quod Papinianus ait *in dict. l. cùm fundum* 18. *§. 1. D. vnde vi.* Eum qui vindicauit fundum ab eo cum quo potuit interdicto Vnde vi experiri pendente iudicio nihilominùs interdicto rectè agere, quia Prætor dando iudicem de proprietate non auffert ſibi poteſtatem cognoſcendi de poſſeſſione, cuius cauſa ſemper fauorabilior, quia ſummaria eſt. At non fatebor ſimiliter eum qui cœperit agere interdicto Vnde vi audiendum eſſe ſi velit rem vindicare, quia cùm prætoris ſit dictare iudicium qui ipſe de cauſa interdicti extra ordinem cognoſcit, cur patiatur agi de proprietate priuſquàm de poſſeſſione ipſe pronunciauerit? offenderetur quodammodo in ea re iuriſdictio & authoritas prætoris, præter id quod fauor poſſeſſionis hanc ſententiam non patitur, vt qui cœpit agere de poſſeſſione aut conueniri, etiam quæſtionem proprietatis mouere poſſit, ante terminatam poſſeſſionis cauſam *l. 8. C. vnde vi.* Metus verò ſemper eſt vt à poſſeſſione incipiatur *l. is qui deſtinauit* 24. *D. de rei vindic.* & ideò Saluiano priùs experiendum eſt ſi fieri poſſit, ſi non poſſit tum demùm deſcendendum ad Seruianum vel quaſi Seruianum iudicium, vt loquitur *l. 2. ff. de Saluian. interd.* Ex quo maximè loco apparet ſatis, In proponendis huiuſmodi remedijs ordinem hunc ſeruari debere, qui tamen in ijs cumulandis ſi cumulari poſſent, nullus requireretur. His adde quæ ſcripſimus *in Error.* 4. *Decad. præcedentis.*

* *
*

ANTO-

ANTONII FABRI I.C SEBVSIANI, SENATORIS SABAVDIENSIS, ET IN GEBENNENSIS DVCATVS AVDITORIO PRAESIDIS,

DE ERROR. PRAGMAT. ET INTERPR. IVR.

DECAS LXIII.

ERROR PRIMVS.

De probatione dominij quæ requiritur in actione hypothecaria.

COGVNT nos ea quæ proximè ſcripſimus De cumulatione Saluiani cum hypothecaria, ſubiicere hoc loco quid nobis videatur de illa etiam quæſtione quam interpretes tractant ſatis magna contentione, Quid probandum habeat is qui agit hypothecaria, ſiue contra debitorem ipſum, aut eius heredem, ſiue contra extraneum poſſeſſorem. Nam nec Accurſius ipſe in eo videtur ſibi conſtare, cui aliquando placet ſufficere vt creditor probet ſui debitoris poſſeſſionem iunctam cum bona fide, etiam ſine titulo, Aliquando verò, exigi titulum cum bona fide, Aliquando denique, requiri omnino vt probet creditor dominium fuiſſe debitoris tempore conſtituti pignoris, aut ſaltem ſuperueniſſe debitori poſt conuentionem de pignore ſi vel obligata ſint generaliter, vt fieri ſolet, bona omnia præſentia & futura, vt *in l. & quæ nondum 15. §. quod dicitur D. de pignor.* vel indiſtinctè bona omnia non facta præſentium mentione, quo caſu etiam futura in obligationem venire placuit Iuſtiniano *in l. vlt. C. quæ res pignor. oblig. poß.* Interpretes noſtri aliter atque aliter ſentiunt. Magis tamen communiter probatum video quod ſuperiore capite diximus ex Matth. de Afflict. *deciſ. 383. num. vlt.* poſt Caſtrenſ. *ad l. rem alienam D. de pignor. act.* Diſtinguendum eſſe an contra debitorem ipſum aut ipſius heredem hypothecaria exerceatur, an contra extraneum poſſidentem. Priore caſu ſufficere probationem poſſeſſionis, Poſteriore verò requiri neceſſariò probationem dominij, aut directi aut ſaltem vtilis, Aut denique quaſi dominij, vt loquitur Bart. *ad dict. l. rem alienam num. 5. & 6.* Etſi Bartolus eo loco videtur aliquantulum diſſentire. Concludit enim nullo caſu ſufficere ad hypothecariam quod debitoris poſſeſſio ſola probetur, ſed illud præterea omnimodo exigi vt creditor probet dominium directum vel vtile, vel ſaltem quaſi dominium debitoris,

Digitized by Google

niſi quod ſubiungit *dict. num. 6.* nec inſubtiliter, faciliorem eſſe probationem dominij contra debitorem aut eius heredem quàm contra extraneum. Poſſe námque probari dominium contra debitorem, aut ipſius heredem per ſolam poſſeſſionis probationem, proptereà quòd, inquit, non poſſit debitor referre creditori quæſtionem dominij, vt nec creditor debitori ex *l. ſi pignore 22. §. ſi prædo & §. ſi creditor D. de pignor. act.* iunct. *l. commodare 15. cum l. ſeq. D. commod.* At contra extraneum poſſeſſorem, ſiue cauſam habeat ab alio quàm à debitore, ſiue à debitore ipſo, & ſiue lucratiuam, ſiue oneroſam, non ex ſola poſſeſſione probari poſſe dominium, ſed aliis modis probandum neceſſariò eſſe aut directum aut vtile, aut ſaltem quaſi dominium. Ita enim concludit ille aduerſus Cynum qui ſupradictam diſtinctionem admittebat *ex l. apud Celſum 4. §. de authoris D. de doli except.* quo tamen loco tractat Vlpianus de agente ex titulo ſingulari, non de poſſidente, cuius fauorabiliorem condicionem eſſe vult Bartolus ne vnquam ei dolus authoris ſui noceat, ſiue lucratiuam, ſiue oneroſam cauſam habere proponatur. In ſumma vult Bartolus omnimodo & omni caſu neceſſariam eſſe agenti hypothecaria non modò allegationem, ſed etiam probationem dominij, verùm aliter contra debitorem aut eius ſucceſſorem vniuerſalem, aliter verò contra extraneum, & ſucceſſorem debitoris ſingularem probari debere. Pragmatici tamen noſtri, qui minùs ſubtiles ſunt quàm vt Bartoli ſubtilitatem percipere & adprobare poſſint, craſſius & pinguius rem æſtimantes, magis probare ſolent, vt ſufficiat creditori agenti hypothecaria allegare & probare ſolam debitoris poſſeſſionem, quoties agit contra debitorem. Cuius ſententiæ rationem plerique illam adferunt, quòd nihil aut parum intereſſe videatur debitoris, qui cùm non neget ſe debere, effugere non poteſt quominùs ſiue hac, ſiue illa actione & conueniatur & condemnetur. Quæ tamen ratio ſi recta eſſet perinde probaret, neque ad hoc adigendum eſſe creditorem vt probandam haberet poſſeſſionem debitoris ſui tempore conuentionis inſpecto. Cur non enim ſufficeret poſſeſſorem eſſe debitorem eo tempore quo conueniretur, cùm æquè futurum eſſet illo caſu vt reſtituendæ rei haberet facultatem? *l. ſi fundus 16. §. in vindicatione D. de pignor.* Atqui nondum ex interpretibus quiſquam inuentus eſt, qui eò vſque progreſſus ſit vt dixerit, nihil intereſſe an debitor rem obligatam poſſederit eo tempore quo ipſam obligauit, necne: ſed ſufficere vt eam tùm poſſideat, cùm conuenitur. Quis verò ferat, vt quod tot locis ſcriptum eſt creditorem agentem hypothecaria probare debere rem fuiſſe conuentionis tempore in bonis debitoris, reſtringi debeat ad eum caſum quo hypothecaria non contra debitorem ſed contra tertium poſſeſſorem exercetur? Sed & repugnat Paulus *in l. rem alienam 41. D. de pignor. act.* vbi negat poſſe debitorem qui rem alienam obligauit conueniri directa hypothecaria etiamſi domino rei ſucceſſerit: Negat poſſe conueniri etiam vtili dominum rei obligatæ per debitorem cui heres ipſe extiterit, Vt intelligamus parum prodeſſe ad hypothecariam quod debitor ſit non modò poſſeſſor, verùm etiam dominus rei obligatæ, niſi vel fuerit iam tum cùm pignus conſtituebatur, vel ſaltem illud etiam concurrat, vt de pignore ille ipſe pepigerit, cui dominium ſuperuenit. Et ratio eſt, quia quiſquis agit hypothecaria, pignus vindicat, dicitque rem in quam agit eſſe ſibi obligatam, vnde & pignoris vindicatio appellatur *d. §. in vindicatione.* Quemadmodum dicimus vindicationem rei directam illam, quæ fit iure dominij ab eo qui dicit rem

ſuam

Digitized by Google

ſuam eſſe iure vel gentium, vel ciuili *l. in rem 23. D. de rei vindic. l. Quintus 27. §. argento D. de aur. & argent. legat.* Nec alio ſenſu poteſt verum eſſe quod vulgò iactatur pignoris perſecutionem eſſe in rem *l. pignoris 17. D. de pignor. l. pignoris 18. C. eod.* cùm alioqui certum ſit hypothecariam actionem eſſe arbitrariam, & conſequenter in ea fieri condemnationem perſonalem ex bono & æquo, ſi res obligata non reſtituatur arbitrio iudicis *§. præterea Inſt. de actiō.* Vbi quod dicitur actionum arbitrariarum alias eſſe in perſonam, veluti quibus de eo agitur, quod vi aut metus cauſa, aut dolo malo factum eſt, & De eo quod certo loco. Alias verò in rem veluti Publicianam, Seruianam & quaſi Seruianam, oſtendit ſatis actionem hypothecariam qua de agimus, dici in rem, non quia in rem ſcripta tantùm ſit (idem namq; euenit in actione Quod metus cauſa, & in actione Ad exhibendum, quas tamen & arbitrarias, & in perſonam eſſe certiſſimum eſt) ſed quia rem afficit & actori obligatam eſſe intendit. Quod in cæteris arbitrariis non ſimiliter euenit, quæ in perſonam ſunt, nec ſi in rem ſcriptæ dicantur, qualis eſt actio Quod metus cauſa *l. metũ 9. §. 1. l. item ſi cum 14. §. in hac actione D. quod met. cauſ.* Alioqui paullatim dicemus nihil referre an actio ſit merè in rem, an verò directa in perſonam, in rem verò ſcripta. Fit igitur ex neceſſitate & natura actionis vt quicunque agit hypothecaria probare debeat rem ipſam quam perſequitur obligatam eſſe, & conſequenter fuiſſe in bonis eius qui dicitur eam obligaſſe, cùm fieri nequeat, vt iure obligata ſit ab eo in cuius bonis non fuerit, licèt is contra quem actio exercetur ſit debitor, nec negare poſſit ſe debere. Fateor, quod omnes admittunt, neceſſarium etiã eſſe vt qui agit hypothecaria, dicat probètque ſibi deberi, quoniam ſicut pignoris & hypothecæ obligatio, non niſi acceſſoria eſt, ad obligationem principalem: Ita nec hypothecaria poteſt ſubſiſtere, niſi quãdiu verum eſt pecuniam ſolutã non eſſe, aut aliter eo nomine ſatisfactũ non fuiſſe *l. grege 13. §. etiam D. de pignor.* licèt nonnunquam eueniat vt ſublata quoque principali obligatione vinculum pignoris nihilominùs duret *l. 2. C. de luit. pignor. l. debitor 59 D. ad SC. Trebell. l. pen. §. 1. D. de except. rei iudic.* de quarum legum ſententia, & ratione alibi ſcripſimus. Sed nemo tamen ideò dixerit ſufficere probationem debiti ad exercendã hypothecariã, nec ſi contra debitorem ipſum aut ipſius hæredẽ exerceatur: cùm nihil vetet deberi, neq; tamen contractũ eſſe vinculũ vllũ pignoris, aut quia nõ conuenerit de pignore, vt *in l. Ariſto 3. D. quæ res pign. oblig. poſſ.* aut quia is pignori dederit qui nexũ facere nõ potuit, nec iure obligare *l. vlt. C. ſi alien. res pign. dat. ſit.*

ERROR SECVNDVS.

De faciendis debitori denunciationibus. Ad l. debitores 10. C. de pignor. & l. creditor 4. C. de diſtr. pignor.

SED nec illud verum eſt, quod tractat Bart. *ad d. l. rem alienam nu. 13.* Etiam probandum eſſe in hypothecaria quòd debitor fuerit in mora ſoluendi debiti *ex l. debitores 10. C. de pignor.* Conſtat. n. tũ quoq; cùm dies penſionis nondũ venit, quo caſu nõ poteſt debitor eſſe in mora, cùm nulla intelligatur ibi mora fieri vbi petitio nulla eſt *l. ſi pupillus 127. de verb. oblig. l. mora 88. de regul. iur.* dandã tamẽ creditori pignorũ perſecutionẽ medio tẽpore, quia intereſt eius vt ex Celſo Vlpianus ſcribit *in*

Digitized by Google

l.quæſitum 14.*D.de pignor.*Nec eſt contrarium, quod reſcripſerunt Imperatores *in d.l.debitores*,Præſentes debitores priùs denunciationibus conueniendos eſſe.Id enim ad eũ caſum pertinet,quo creditor velit perſequi pignora nõ tantùm ad auocandam eorum poſſeſſionem, acquirendámque ſibi retentionem,ſed etiam ad ea diſtrahenda, quod vtique facere non poteſt niſi præcedente denunciatione, non ſolùm ſi conuenerat ne poſſet pignus diſtrahi, quanquam eo caſu trinam denunciationem præcedere oportet, *l.ſi conuenit* 4.D.*de pignor.act.*ſed etiam ſi vel de pignore diſtrahendo nominatim conuenerit,vel de eo nihil dictum ſit,non quaſi voluntas exquirenda ſit debitoris an cõſentire velit diſtractioni quam vtique impedire nullo modo poteſt *l.1.* & *2.C.debit.vendit.pignor.imped.non poſſ.* quod autem fieri poteſt inuito debitore,cur non etiam illo ignorante? *vulg.l.qui poteſt 26.de regul.iur.*Sed vt tanto maiore precio pignus diſtrahatur debitore emptores vndique conquerente, quorum licitationibus fiat vt pluris res æſtimetur, commodo debitoris, qui quod plus erit in precio, quàm in debito per actionem pignoratitiam repetiturus eſt, ita vt ob eam cauſam dici poſſit venditio facta dolo malo quæ inſcio debitore facta eſt *l.creditor* 4.*C.de diſtract.pignor.l.cùm contra* 4.*l.vlt.* & *paſſ. C.ſi vendit. pignor. agat.* Ideóque nec aliter denunciatio iſta neceſſaria eſt quàm ſi debitor ſit præſens *d.l.debitores.* Alioqui ſi abſens debitor fuit,ſufficiet publico programmate admoneri eum,vt & cæteros creditores *l. ſi eo tempore* 6.*l.ſi hypothecas* 8.*C.de remiſſ.pignor.*Idque eſt quod ait *d.l.creditor* 4.in illis verbis,*& ,quando licèt, teſtatò dicere debet.* Nec enim arctandus fuit creditor ad rem aut impoſſibilem aut difficilem vt venditio pignoris impediretur quam exequi iure ſuo,& peragere creditor poteſt. Cæterùm non fit hæc denunciatio ad conſtituendum debitorem in mora,vt putat Bartolus,ſed potius ad cõſtituendum creditorem in bona fide,ne quandoque poſſit ei obiici à debitore factam eſſe venditionem dolo malo & per gratiam aut colluſionẽ creditoris *d.l.creditor d.l.4.* & *l.1.C.ſi vendit.pignor.agat.*Nec enim denunciat creditor debitori,vt ſoluat, quod neceſſe eſſet ſi id ageret vt conſtitueret in mora debitorem *l.mora* 32.*D.de vſur.l.Titia Seio* 87.*§. vſuras de legat.* 2. ſed notam ei duntaxat facit proſcriptionem pignoris, ne quid inſcio ſe factum eſſe conqueri iure poſſit.Quare nec exiſtimandum eſt remiſſum hodie quicquam eſſe de huiuſmodi ſolennitate, vt parum cautè quidam exiſtimant.Nam quod Iuſtinianus ſcribit *in §.appellamus in fin.Inſt.de action.* Nullam hoc tempore denunciationem fieri,ad hoc denunciationis genus non pertinet,ſed ad eam veterem denunciationis formam quam neceſſe erat præcedere, priuſquàm actio vlla perſonalis exerceri poſſet, vnde & condictiones dicebantur omnes perſonales actiones,quòd priſca lingua *condicere* nihil niſi denunciare eſſet *d.§.appellamus.*Neque verò adeò malè & indiſtinctè loquitur Iuſtinianus vt dicat nullam hodie fieri denunciationem,ſed addit *eo nomine*,id eſt, ad perſonalem actionem proponendam.Denunciatio autem de qua agimus non tam actio eſt aut quid præparatorium ad agendum quàm certificatio,& vt loquũtur,notificatio ad peragendam pignoris venditionem: in cóque errant valde qui,quod ſcriptum eſt *in d.l.debitores*,ne cum Bartolo ſentiant,ſic interpretãtur acſi reſtringendum ſit ad vnum illum caſum,quo conuenerit inter debitorem & creditorem ne pignus diſtraheretur,vt *in d.l.4.D.de pignor.act.*quod ſanè non ita eſt.Generaliter enim lex loquitur, nec vllum in lege tota verbum eſt, ex quo poſſit coniici de hoc potiùs caſu ſenſiſſe Imperatores, quã de illo,

Digitized by Google

de illo quo nulla pactio de pignore non diſtrahendo præceſſerit: niſi fortè illud quod de denunciationibus in plurali numero lex loquitur, cùm vnica denunciatio poſſit ſufficere, præterquàm eo demùm caſu quo conuenerit ne pignus diſtrahi poſſit: quod cùm accidit, trina, vt diximus, denunciatione opus eſt. Verùm leuior hæc coniectura eſt, quàm vt mouere quempiam debuerit. Ideò enim de denunciationibus in plurali numero loquendum fuit, quia & de debitoribus in plurali numero Imperatores loquebantur. Cæterùm in vnius debitoris perſona denunciatio vna ſufficiet nec multiplex exigetur. Sed hæc obiter dicta ſint, vt iam ad Bartolum redeamus.

ERROR TERTIVS.

De debitore conuento hypothecaria referente dominij quæſtionem creditori.

IS ergo fatetur, & rectè idipſum, quod nos volumus, Creditorē agentem hypothecaria etiam contra ipſum debitorem probādum habere dominium ſiue directum, ſiue vtile, aut ſaltem quaſi dominium debitoris, nec ſufficere vt alleget poſſeſſionē. Sed quod idem ait creditori alleganti dominium ſatis eſſe vt probet poſſeſſionem, non æquè probare poſſum, quia quod dici ſolet ex poſſeſſione probari dominium ſaltem præſumptiuè ad hanc ſpeciem non pertinet, in qua ſicuti dominium fundamentum eſt intentionis actoris, ita probari ab eo certè debet, nec præſumptiuè tantùm, ſed etiam concludenter: licèt nolim negare poſſe minùs plenas dominij probationes hoc caſu ſufficere, quia non de dominio principaliter agitur in hypothecaria, ſed incidenter: Alioqui ſi ratio illa bona eſt, quòd ex poſſeſſione præſumatur dominium, æquè dicendū erit, poſſe hanc probationem poſſeſſionis ſufficere, tametſi contra tertium poſſeſſorem hypothecaria exerceatur, quod tamen nec Bartolus, nec alius quiſquam dixit. Quare nec ratione hac mouetur Bartolus, ſed illa ſola quæ à nobis iam relata eſt, quòd debitori non ſit permittendum, vt creditori ſuo referat quæſtionem dominij, vt neque poteſt creditor eam referre ſuo debitori pignoratitiam proponenti. Quæ tamen ratio nec ipſa multò melior eſt. Tunc enim prohibetur reus actori referre quæſtionē dominij cùm ex contractu ſuo conuenitur, ſiue conductionis & locationis contractus ille ſit, vt *in l. ſi quis locationis* 25. *C. de locat.* ſiue depoſiti, aut commodati *l. cōmodare* 15. *D. cōmod.* ſiue etiā pignoris *d. l. ſi pignore* 22. *§. ſi prædo, & §. ſi creditor D. de pignor. act.* At cùm debitor conuenitur hypothecaria licèt ob factum & contractum ſuum conueniatur, non tamen ex contractu conuenitur, ſed tanquā poſſeſſor, nec alio iure quàm quo alius poſſeſſor quilibet conueniretur, actione ſcilicet in rem, non in perſonam, qualis vtique eſſet illa, quæ daretur ex cōtractu. Nihil ergo vetat quominùs debitor creditori referre poſſit quæſtionē dominij, cùm hypothecaria conuenitur. Nam & illi ipſi quos conſtat dominij quæſtionem referre non poſſe ſi tamen rei vindicatione conueniantur, vt puta conductor, commodatarius, depoſitarius, creditor & aliæ huiuſmodi perſonæ, dominij quæſtionem referre non prohibentur, cùm fieri nequeat vt in iudicio vindicationis alius obtineat, quàm

Digitized by Google

qui ſit & probetur dominus, vt idem Bart. fatetur *ad d. l. accommodare & ſeq. ff. commod.* Quidni ergo debitor quoque conuentus à creditore hypothecaria referre poterit dominij quæſtionem creditori ſuo hypothecariam exercenti? in eóque nimirum differentia magna eſt, quam fingit Bartolus ſe non videre, inter pignoratitiam actionem quæ debitori competit aduerſus creditorem ſoluto debito, & hypothecariam quæ creditori aduerſus debitorem ad ſolutionem debiti conſequendam. Pignoratitia enim competit ex contractu, ideóque non poteſt impediri ab eo qui contraxit. Hypothecaria verò licèt non naſcatur ſine præcedente pignoris conuentione, præterquàm iis in caſibus in quibus placuit pignus vel hypothecam tacitè contrahi, non tamen immediatè naſcitur ex contractu, ſed ex hypotheca per contractum inducta, quæ rem ita afficit, vt etiam contra eum qui non contraxit, perinde hypothecaria exerceri poſſit, atque contra eum ipſum qui contraxit. Vnde fit vt quemadmodum par & æquale ius habet creditor ad inſtituendam hypothecariam aduerſus quemlibet rei obligatæ poſſeſſorem, ita æquo & pari iure vinci debeat, ſiue aduerſus debitorem ipſum agat, ſiue aduerſus tertium, ſi dominij quæſtio ei referatur: cùm dominij cauſa in neceſſarium antecedens præcedat cauſam pignoris. Quamuis vbi ſemel pignus rectè ac vtiliter conſtitutum eſt, nihil habeat cum iure dominij commune *l. 1. §. cùm prædium ff. de pignor.* Id enim eſt quod Papinianus dicebat *in l. iuſto 44. §. non mutat ff. de vſucap.* pignoris perſecutionẽ nulla dominij ſocietate coniungi, ſed ſola conuentione conſtitui, ob idque nec perimi vſucapione. Dices fortaſſis, eum qui ipſe conuenit de pignore tanquàm dominus cùm non eſſet, improbè reſiſtere, quominùs hypothecaria actio contra eum moueatur, cùm ita fiat vt ex mendacio ſuo arguatur, quomodo Paulus ratiocinatur *in l. rem alienam 41. in fi. D. de pignorat. act.* Sed reſpondeo, poſſe hanc rationem eo demùm caſu procedere, quo is qui antequàm dominus eſſet, conuenit de pignore, poſteà conuenitur hypothecaria eo tempore quo iam factus ſit dominus, qui caſus eſt de quo Paulus tractat eo loco, nec tamen habet rationem illam pro bona niſi tùm demùm cùm tria iſta concurrunt vt qui conuenitur & debitor ſit, & dominus, & conuenerit de pignore: & rurſum his quoque omnibus concurrentibus, hactenus habet eam pro bona vt det creditori vtilem duntaxat hypothecariam, non etiam directam. Cæterùm ſi quid deſit vel vnum ex tribus ſupradictis, non patitur Paulus vt hypothecariam exercere poſſit creditor, ne quidem vtilem, nec ſi debitor, & dominus ſit is, qui tanquàm poſſeſſor pignoris conuenitur, quoniam, inquit, non ſufficit ad inducendam vtilem hypothecariam eundem eſſe dominum, qui etiam pecuniam debet, ſi non illud quoque, ſupple, interueniat, vt idem ipſe conuenerit de pignore. Quanto minùs ergo ſufficiet eundem eſſe debitorem & conueniſſe de pignore, ſi non etiam illud concurrat vt idem ille ſit dominus rei obligatæ, illo nimirum tempore quo conuenitur? Poteſt igitur debitor conuentus hypothecaria referre quęſtionem dominij creditori, non quidem vt neget ſe dominum fuiſſe tempore cõuentionis, ſi fateatur ſe dominum eo tempore quo conuenitur, ne ex ſuo arguatur mendacio, ſed vt poſſit negare ſe dominum eſſe tum cùm per hypothecariam conuenitur, licèt non eo minùs verum ſit eum & debere, & de pignore conueniſſe. Ac proinde non eſt bona ratiocinatio Bartoli, concludentis Poſſe ſufficere creditori agenti hypothecaria contra debitorem vt probet poſſeſſionem ſolam ad probandum dominium, quòd debitor quæſtionem dominij referre creditori non poſſit.

ERROR

Digitized by Google

ERROR QVARTVS.

Qualis dominij probatio neceſſaria ſit creditori agenti hypothecaria.

VERVM hoc ipſum quod nos cum Bartolo dicimus & omnes ferè habent pro vero, agenti hypothecaria creditori neceſſariam eſſe probationem dominij, vereor ne aliter intelligi debeat, quàm vulgò intelligatur, vt verũ videri poſſit. Nam cùm duplex ſit in libris noſtris dominij differentia, vnius quod Quiritiarium, alterius verò quod bonitarium appellatur, vt ſæpiùs docuimus ex Vlpian. *in Fragment. ti. 19. de acquiſit. rer.* Non puto verum eſſe quod vulgò creditur, cogendum creditorem vt probet fuiſſe debitorem rei obligatæ dominum iure Quiritium, ſed ſufficere vt probet fuiſſe rem in bonis debitoris, quod ipſum nihil niſi bonitarium dominium eſt. Sic enim loquitur Caius noſter *in d. l. & quæ nondum 15. §. quod dicitur D. de pignor.* poſt Papinianum *in l. 3. eod.* Creditorem probare debere, rem in bonis debitoris eo tempore fuiſſe quo pignus contrahebatur. Itémque Imperatores *in l. cùm res 5. & l. quæ prædium 6. C. ſi alien. res pignor. dat. ſit.* Quod Marcianus *in l. ante omnia 23. D. de probat.* ſic expreſſit, vt dixerit, illud quoque probare creditorem pleniſſimè & implere debere, rem pertinuiſſe ad debitorem eo tempore, quo conuenit de pignore, aut quo ex eius voluntate hypotheca data ſit. Ad nos enim res pertinet quæ in bonis noſtris eſt, licèt dominium eius non habeamus: quo nomine Quiritiarium potiùs quàm bonitarium apud Iureconſultos ſignificatur, quoties ſimpliciter profertur, quòd dominij bonitarij nomen magis prætorium ſit, quàm ciuile. Potuit enim Prætor facere rem in bonis alicuius, at dominum facere non magis potuit quàm facere legem, cuius authoritas neceſſaria eſt ad dominium transferendum, vt Vlpianus ſupradicto loco ſcribit, & Iuſtin. *in §. quos autem Inſt. de bonor. poſ.* iunct. *§. vlt. Inſt. de hæred. qualit. & differ.* Rem námque in bonis ſuis habere intelligitur, quiſquis aut eam poſſidens habet exceptionem, aut amittens habet actionem ad eam recuperandam *l. rem in bonis 52. de acquir. rer. domin.* Vnde eſt quod habet iuris regula, id quod euincitur non eſſe in bonis *l. quod euincitur 190. de regul. iur.* Atqui ſolius Prætoris eſt & actionem dare & exceptionem, nec minùs cùm actio ciuilis eſt quàm cùm prætoria, nam & ciuiles actiones dat aut denegat Prætor tanquàm miniſter & viua vox iuris ciuilis, poteſt igitur Prætor facere vt res aliqua ſit, vel nón ſit in bonis. Quod cùm facit, equidem hoc ipſo facit dominum eum in cuius bonis res eſſe incipit *l. ſi finita 15. §. Iulianus D. de damn. infect.* ſed facit ſuo modo, id eſt, quantum poteſt, ac proinde bonitarium duntaxat dominum, vt ſic loquamur, non etiam quiritiarium: talem denique qui dominus dici abſolutè non poſſit, ſed quem potiùs ei opponere debeamus qui verè dominus eſt, quaſi non ſit & ipſe dominus *l. 2. §. 1. D. ſi ex noxal. cauſ. agat. l. qui vſumfructum 3. ff. ſi vſusfr. pet. l. quamuis 75. ff. de iur. dot.* Ex quibus iam facile eſt intelligere quam rationem habeat quod nos dicimus: Sufficere creditori vt probet rem obligatam in bonis fuiſſe debitoris eo tempore quo pignus contrahebatur: nempe quoniam actio ipſa hypothecaria prætoria eſt, non ciuilis, nec tantùm hypothecaria, quæ & quaſi Seruiana, ſed & Seruiana ipſa. *§. item Seruiana Inſt. de action.* Quidni ergo Prętor ei dabit hypothecariam, qui debitoris ſui dominium bonitarium probare poſſit? cùm dominum

Digitized by Google

hunc bonitarium perinde habeat pro domino atque ſi eſſet quiritiarius: adeò vt etſi quando cõcurrant in petenda actione is qui non niſi bonitarius dominus eſt,& is qui Quiritiarius, bonitarium ſemper Quiritiario anteponat, vt Vlpianus ſcribit *d.tit.19.De acquiſit.rer.* & conſtat *ex l. doce 9. C.de rei vindic.* iunct.*dict.l.quamuis 75.ff.de iur.dot.* quia cùm hic concurſus duplicis domini fieri nõ poſſit, quin alterum bonitarium eſſe neceſſe ſit, alterum quiritiarium, (nec enim duo eiuſdem rei domini eſſe vnquam poſſunt, eodem dominij genere vulg.*l.ſi vt certo 5.§.ſi duobus vehiculum D.commod.l.hereditate 19.§.pater D. de caſtrenſ.pecul.*) apparet penes quiritiarium ſupereſſe ſolum & inane nomen dominij, quod ludibrium antiquæ ſubtilitatis vocat Iuſtin.*in l.vnic. C.de nud. iur. Quirit.tollend.* Ideóque non tantam eius domini quiritiarij rationem haberi poſſe, quanta bonitarij habenda eſt, qui effectu ipſo ſi non verè ac propriè dominus eſt, ſaltem domini loco habetur. Bene igitur proſpectum eſt à Prætore vt creditori hypothecariam actionem poſtulanti non grauiorem probandi neceſſitatem iniungat, quàm vt probet, fuiſſe rem in bonis non etiam in dominio debitoris, alioqui non haberet pro domino eum in cuius bonis rem feciſſet. Quod ab ipſius Prętoris mente ac propoſito alienum eſſet. Idque adeò verum eſt vt ſi ponas pignori datam rem aliquam fuiſſe ab eo qui non niſi quiritiarium dominium in ea re habuerit, alio bonitario exiſtente, puta rem dotalem ab vxore marito ignorante, non putem daturum Prętorem hypothecariam creditori in rem illam, conſtante ſcilicet matrimonio, ſicuti nec vindicationem ipſi mulieri daret *d.l.doce*, quia licèt dos ſit mulieris etiam matrimonio durante *l.ſi conſtante 24.§.ſi maritus D.ſolut. matrim.* eſt tamen in bonis mariti *d.l.quamuis*, éſtque perpetua illa iuris prętorij regula, Nihil poſſe dominum quiritiarium facere in præiudicium bonitarij.

ERROR QVINTVS.

Si debitor ſit dominus rei obligatæ iure Quiritium, nec tamen habeat eam in bonis. Et ad l.vnic.C.de nud.iur. Quirit.tollend.

ITAQVE tantum abeſt vt creditor agens hypothecaria probandum neceſſariò habeat dominium, vt è contrario, quod fortaſſe nemo adhuc dixit, non ſemper ſufficiat probari dominium, ne quidem verum, niſi etiam illud concurrat vt qui probatur fuiſſe dominus, hoc ipſo probetur etiam habuiſſe rem in bonis. Non enim magis verum eſt, Omnes qui ſunt domini Quiritiarij, eſſe illos etiam bonitarios, quàm è conuerſo, Omnes qui ſunt bonitarij etiam eſſe quiritiarios. Inſpecto nimirum iure vetere & quod prudentum temporibus obtinebat. Hodie námque poſt ſupradictam Iuſtiniani conſtitutionem *in d.l.vnic. C.de nud.iur. Quirit. tollend.* Quiritiarius eſt quiſquis anteà bonitarius tantùm dicebatur, qui verò anteà Quiritiarius tantùm dicebatur ad differentiam & comparationem bonitarij hodie nullus eſt, quia nudum ius & nomen dominij quiritiarij Iuſtinianus ſuſtulit, at nomen ipſum iúſque dominij quiritiarij non ſuſtulit, quin potiùs dominium ſuſtulit bonitarium, vt hodie vnicũ dominij genus duntaxat ſit, quod non bonitariũ ſed quiritiarium dici debeat, ſed tale quod nunquam nudum ſit, ſed ſemper cum

Digitized by Google

cum effectu, id eſt, cum omnibus dominij vtilitatibus coniunctum: ita vt hodiè verum ſit nec dominium bonitarium vllum eſſe, ſeiunctum ſcilicet à quiritiario: nec quiritiarium dominum eſſe quemquam, qui rem in bonis non habeat. Conſequenter parum aut nihil hodie refert, an dicamus, Agentem hypothecaria creditorem probare debere, in dominio, an in bonis debitoris rem fuiſſe, dummodò eam propoſitionem intelligamus de dominio, quod hodie vnicum eſt, id eſt, per quod fiat vt res ſit etiam in bonis debitoris. Cæterùm ne huiuſmodi diſtinctionibus & duplicis dominij & duplicis iuris veteris ſcilicet ac noui indigeamus, longè melius eſt vt eam loquendi rationem retineamus, quæ antiquis prudentibus familiaris fuit, & quæ non minùs hodie vera eſt quàm olim: Hactenus onerandum creditorem, vt probet in bonis debitoris rem fuiſſe. Nihil enim à Iuſtiniano aut alio vllo Imperatore fuit immutatum, quod ad hoc vt res in bonis alicuius eſſe incipiat, ſed tantùm quod ad dominiorum nomina, cauſáſque pertinet, ijdémque penitus modi ſunt hodie qui olim fuerunt faciendi rem in bonis, at non etiam acquirendi dominij. Nam cùm olim ſex tantùm modis ab Vlpiano relatis *d. tit.* 19. acquirerentur dominia, Traditione, Vſucapione, Mancipatione, Ceſſione, Adiudicatione, in iure, & Lege, tot ſunt hodiè modi acquirendi dominij etiam quiritiarij, quot olim fuerunt acquirendi bonitarij: qui porrò fuerunt varij, nec certo vllo numero conſtricti, tanquàm qui pro arbitrio Prætorum ex ipſorum edictis & iuriſdictione inducerentur.

ERROR SEXTVS.

De ſententia & ratione l. ſi ab eo 18. ff. de pignor. & l. rem in bonis 51. ff. de adquir. rer. dom.

QVæ cùm ita ſint non abs re quis miretur, quam rationem habeat, quod Paulus ſcribit *in l. ſi ab eo* 18. *ff. de pignor.* Si ab eo, qui Publiciana vti potuit quia dominium non habuit pignori acceperim, ſic Prætorem tueri me per Seruianam, quemadmodum debitorem tuetur per Publicianam. Cùm enim ea Pauli ſententia eſſe videatur vt creditori hoc caſu non tam hypothecaria ſaltem directa competat, quàm quaſi hypothecaria, quomodo Bartolus quoque ad eum locum rectè interpretatur, Quæro, Cur non directa detur ſi ſufficiat probari rem fuiſſe in bonis debitoris? nam ſi rem in bonis habere dicitur quiſquis eius nomine habet actionem, vt ſuprà diximus *ex d. l. rem in bonis*, an non dicendus eſt debitor in bonis habere rem illam cuius nomine habeat Publicianam? Sed reſpondendum eſt, nec inſubtiliter meo iudicio, neque ideò dari Publicianam bonæ fidei emptori, quod rem bona fide emptam in bonis ſuis habeat, neque rurſum ideò videri eum rem illam in bonis habere, quòd eius nomine habeat Publicianam. Etenim cùm Publicianam is demum poſſit exercere qui rem à non domino emit, ſi prætereà illud concurrat vt euenerit bona fide, apparet non poſſe fieri vt qui agit Publiciana rem illam in bonis habeat, cùm nulla iuris parte poſſit dominium quod diximus bonitarium ad eum pertinere, qui à non domino cauſam habet, id eſt ab eo qui neque bonitarius quidem dominus fuit, non magis quàm quiritiarius.

Digitized by Google

ipſum aut ipſius heredem exercetur, non eſſe cogendum creditorem vt probet dominium, ſed tantùm vt poſſeſſionem debitoris. Sic enim Afflict. *deciſ. Neapolit. 383. in fin.* In quo igitur volunt meliorem eſſe hac parte condicionē Saluiani, quàm hypothecariæ actionis? In eo nimirum vt hæc, quam dicimus, differentia tùm obtineat cùm hypothecaria non contra debitorem ipſum, ſed contra tertium poſſeſſorem exercetur, quo demùm caſu omnes admittunt, creditori neceſſariam eſſe dominij probationem. Atqui iam oſtendimus in præcedentibus, nullo penitus caſu poſſe Saluianum competere aut dari cōtra tertium, ſed aduerſus ſolum conductorem eiúſve heredem *ex l. 1. C. de precar. & Saluian. interd.* Ergo quæ ab interpretibus differentia conſtituitur inter Saluianum interdictum & Seruianum iudicium, cùm nulla eſſe poſſit eo caſu quo ſolo aliquam eſſe interpretes volunt, conſequens eſt vt effectu ipſo prorſus nulla ſit. Sed tamen falluntur apertiſſimè in eo quod remittunt creditori neceſſitatem probādi dominij ſi agat hypothecaria cōtra debitorem, aut contra debitoris heredem, vt ſequenti Decade oſtendimus, eo caſu condicionis debeat eſſe creditor, quàm cùm agit aduerſus tertium poſſeſſorem. Nec ſanè vllo iuris loco ea diſtinctio prodita eſt, nec rurſum dubitari oportet quin actionis hypothecariæ vna eadémque formula olim fuerit, ex qua ſola vim & poteſtatem actionis æſtimari neceſſe eſt, non ex perſona debitoris, præſertim cùm ſiue aduerſus debitorem, ſiue aduerſus tertium poſſeſſorem hypothecaria proponatur, actio in rem ſit, non in perſonam *l. perſecutione 24. & Auth. ſeq. C. de pignor.* Fuit autem proculdubio formula hæc actionis hypothecariæ omni caſu *ſi paret Titium eam rem de qua agitur in bonis habuiſſe, cùm de pignore conuenit, nec ea res Mæuio creditori arbitrio tuo reſtituetur, tunc quanti ea res erit, Mæuio poſſeſſorem condemnato.* Ex natura ſcilicet actionum omnium arbitrariarum *§. præterea Inſtit. de action.* vbi actiones arbitrariæ definiuntur eæ, ex quibus, ſi iudicis arbitrio de reſtituenda re non pareatur, ex bono & æquo condemnatio ſit. Atqui nihil de eo quod per ſollemnem formulam præſcriptum eſt remittere iudex poteſt, cui nimirum perinde addictus olim erat atque ſeruus glebæ. Et quamuis ea formulæ impetrandæ dandæque neceſſitas hodie ſublata ſit *tot. tit. C. de formul. & impetr. act. ſublat.* illud tamen ex vetere iure ſemper manſit, vt natura & qualitas actionis perpetuò ſpectanda ſeruandáque ſit ne actionum omnium turbatio confuſióque inducatur, vt nos ad eum titulum ſcripſimus in Codice Fabriano. Eſt igitur hodie non minùs quàm olim hypothecaria actio arbitraria, eandémq; proinde vim & naturā retinens quam veteris formulæ verba præſeferebant. Et conſequenter eadem hodie probanda ſunt agenti hypothecaria, quæ probanda olim erant, eodémque modo quo iam olim concipienda eſt condemnatio, in id omne ſcilicet quod intereſt agentis ſi res arbitrio iudicis non reſtituatur *d. §. in vindicatione & l. ſi inter 21. §. vlt. eod. tit. D. de pignor.*

ERROR DECIMVS.

Quantum diſtet hypothecaria à Saluiano etiam in adipiſcenda poſſeſſione.

EX quo magis apparet quātū hypothecaria diſtet à Saluiano, etiā quod ad causā adipiſcendæ poſſeſſionis pertinet, quáquam .n. dici ſolet, per Seruianā & quaſi Seruianā auocari nudā poſſeſsionē *l. ſi cùm vēditor 66. D. de*

D. de euict. datíq; iudiciũ illud ad poſſeſsionẽ adprehendendã, vt ſcriptũ eſt in *l. ſi debiter* 10. *in fin. D. de pignor. l.* 3. *Cod. eod.* id tamen non ſic accipi debet quaſi in eo iudicio agatur de adipiſcenda poſſeſſione per miſſionem in poſſeſſionem vt volunt interpretes, (eſſet enim alioqui dicẽdum poſſeſſorium iudicium non petitorium, nec rurſus ex interdicto vllo mittitur quis in poſſeſſionem, ſed ex edicto & ex certis tantùm cauſis de quibus *in titu. D. quib. ex cauſ. in poſſ. eat.* Poſtquàm verò quis miſſus eſt, dat prætor interdictum ne vis ei fiat *Tit. ne vis fiat ei qui in poſſ. miſſ. eſt.*) ſed ita vt per eam actionẽ poſſit creditor nanciſci & adipiſci poſſeſſionem pignoris, at non tam vi & poteſtate actionis quàm metu condemnationis vt euenit in cæteris omnibus actionibus arbitrarijs, in quibus neque actio, neque condemnatio eſt ad poſſeſſionis traditionem, aut reſtitutionem, ſed tantùm ad litis æſtimationem & ad id quod intereſt ſi res non reſtituatur. Fefelliſſe videtur interpretes, quod viderunt hypothecariam non aduerſus alium exerceri poſſe, quàm qui vel poſſideat, vel dolo malo deſierit poſſidere *d. §. in vendicatione,* nec obſeruarunt non hoc fieri ex eo quod in huiuſmodi iudicio agatur vllomodo de poſſeſſione, ſed quia neque poteſt iudex procedere ad condemnationem niſi præcedente arbitrio & iuſſu rei reſtituendæ, neque arbitrari & iubere rem reſtitui ab eo, qui ſi neque poſſideat, neque dolo malo deſierit poſſidere, non poſſit habere reſtituendæ rei facultatem. Nam & idem euenit in directa rei vindicatione quam tamen certum eſt non de poſſeſſione dari ſed de dominio, ideóque non tam malè quàm fruſtra illum agere qui vindicationem proponit aduerſus non poſſidentem *l. qui petitorio* 36. *ff. de rei vindicat.* quamuis iudicij effectus non ille ſit, vt dominium acquiratur, quippe quod actor ſuum eſſe contendit, ſed vt vel rei poſſeſſio reſtituatur ſi condemnationem euitare poſſeſſor volet, vel quanti actoris intererit condemnationem patiatur *l. officium* 9. *l. is qui deſtinauit* 24. *d. l. qui petitorio* 36. *l. qui reſtituere* 68. *ff. eod.* Sic & in actione, quod metus cauſa *l. item ſi cum* 14. *§. in hac actione & ſeq. D. quod met. cauſ.* & in actione De dolo *l. arbitrio* 18. *D. de dolo.* & in cæteris arbitrarijs euenit vt non ad reſtitutionem vllius rei condemnetur is qui conuenitur, ſed ad id tantùm quod actoris intereſt ſi res non reſtituatur. Cùm igitur in actione hypothecaria non de poſſeſſione quæratur, ſed de pignore, nec tam in id agatur vt reſtituatur poſſeſſio, quàm vt ſi arbitrio iudicis reſtitutio non fiat, id quod intereſt præſtetur. Apparet non poſſe hypothecariam dici remedium adipiſcendæ poſſeſſionis vt cum Saluiano poſſit concurrere: Atque ita fuiſſe ius vetus vt hæc duo auxilia Seruianæ & Saluiani concurrere numquam potuerint conſtat manifeſtiſſimè ac indubitanter ex eo quod Seruiana & quaſi Seruiana per iudicem expediebatur & per iudicium via ordinaria, id eſt, per actionis formulam quam prætor aut alius magiſtratus præſcribebat iudici dato. Cauſa verò interdicti Saluiani, vt & cæterorum interdictorum apud prætorem ipſum tractabatur, extra ordinem nec dabat prætor iudicem, ſed ipſe interdicebat. Quomodo igitur potuit olim fieri, vt cumularetur interdictum ſiue Saluianum ſiue aliud cum Seruiana quæ & alium habebat iudicem & aliam cognoſcendi pronunciandíque rationem deſiderabat? Sanè cùm hodie ſint ſublatæ differentiæ cognitionum extraordinariarum & iudiciorum ordinariorum *poſt l.* 2. *Cod. de pedan. iudic. §. vltim. Inſtit. de interdict.* non poteſt hodie ratio hæc impedire cumulationem, & ad hoc fortaſſe reſpexit ſummus Pontifex *in dict.*

Digitized by Google

Capit.paſtoralis de cauſ. poſſ. & propr. Etſi conuenientius videtur, vt ea lex pontificia quæ iuris ciuilis authoritate nititur, ſecundum legem ciuilem intelligatur, quæ cumulationem iſtam, vt dixi, nullomodo admittebat, nec aliud velit ſummus Pontifex niſi vt eodem tempore poſſint petitorium & poſſeſſorium proponi, vt olim, niſi cùm certatur de retinenda poſſeſſione. Addamus quod Papinianus noſter nec addidit, nec addere potuit, ſed tamen ſummus Pontifex potuit, & apud eundem iudicem. Nam & id alia ciuili conſtitutione cautum eſt, quæ extat *in l.nulli* 10. *Cod. de iudic.* At nos quæſtionem hanc tractamus contra interpretes & pragmaticos noſtros, qui non diſtinguentes ius nouum à vetere cumulationem poſſeſſorij adipiſcendæ aut recuperandæ cum petitorio iam olim permiſſam fuiſſe arbitrantur. Fateor quod Papinianus ait *in dict. l. cùm fundum* 18. *§. 1. D. vnde vi.* Eum qui vindicauit fundum ab eo cum quo potuit interdicto Vnde vi experiri pendente iudicio nihilominùs interdicto rectè agere, quia Prætor dando iudicem de proprietate non auffert ſibi poteſtatem cognoſcendi de poſſeſſione, cuius cauſa ſemper fauorabilior, quia ſummaria eſt. At non fatebor ſimiliter eum qui cœperit agere interdicto Vnde vi audiendum eſſe ſi velit rem vindicare, quia cùm prætoris ſit dictare iudicium qui ipſe de cauſa interdicti extra ordinem cognoſcit, cur patiatur agi de proprietate priuſquàm de poſſeſſione ipſe pronunciauerit? offenderetur quodammodo in ea re iuriſdictio & authoritas prætoris, præter id quod fauor poſſeſſionis hanc ſententiam non patitur, vt qui cœpit agere de poſſeſſione aut conueniri, etiam quæſtionem proprietatis mouere poſſit, ante terminatam poſſeſſionis cauſam *l.8.C.vnde vi.* Metus verò ſemper eſt vt à poſſeſſione incipiatur *l.is qui deſtinauit* 24. *D.de rei vindic.* & ideò Saluiano priùs experiendum eſt ſi fieri poſſit, ſi non poſſit tum demùm deſcendendum ad Seruianum vel quaſi Seruianum iudicium, vt loquitur *l.2.ff. de Saluian.interd.* Ex quo maximè loco apparet ſatis, In proponendis huiuſmodi remedijs ordinem hunc ſeruari debere, qui tamen in ijs cumulandis ſi cumulari poſſent, nullus requireretur. His adde quæ ſcripſimus *in Error.* 4. *Decad. præcedentis.*

* *
*

ANTO-

ANTONII FABRI I.C SEBVSIANI, SENATORIS SABAVDIENSIS, ET IN GEBENNENSIS DVCATVS AVDITORIO PRÆSIDIS,

DE ERROR. PRAGMAT. ET INTERPR. IVR.

DECAS LXIII.

ERROR PRIMVS.

De probatione dominij quæ requiritur in actione hypothecaria.

COGVNT nos ea quæ proximè ſcripſimus De cumulatione Saluiani cum hypothecaria, ſubiicere hoc loco quid nobis videatur de illa etiam quæſtione quam interpretes tractant ſatis magna contentione, Quid probandum habeat is qui agit hypothecaria, ſiue contra debitorem ipſum, aut eius heredem, ſiue contra extraneum poſſeſſorem. Nam nec Accurſius ipſe in eo videtur ſibi conſtare, cui aliquando placet ſufficere vt creditor probet ſui debitoris poſſeſſionem iunctam cum bona fide, etiam ſine titulo, Aliquando verò, exigi titulum cum bona fide, Aliquando denique, requiri omnino vt probet creditor dominium fuiſſe debitoris tempore conſtituti pignoris, aut ſaltem superueniſſe debitori poſt conuentionem de pignore ſi vel obligata ſint generaliter, vt fieri ſolet, bona omnia præſentia & futura, vt *in l. & quæ nondum 15. §. quod dicitur D. de pignor.* vel indiſtinctè bona omnia non facta præſentium mentione, quo caſu etiam futura in obligationem venire placuit Iuſtiniano *in l. vlt. C. quæ res pignor. oblig. poſſ.* Interpretes noſtri aliter atque aliter ſentiunt. Magis tamen communiter probatum video quod ſuperiore capite diximus ex Matth. de Afflict. *deciſ. 383. num. vlt.* poſt Caſtrenſ. *ad l. rem alienam D. de pignor. act.* Diſtinguendum eſſe an contra debitorem ipſum aut ipſius heredem hypothecaria exerceatur, an contra extraneum poſſidentem. Priore caſu ſufficere probationem poſſeſſionis, Poſteriore verò requiri neceſſariò probationem dominij, aut directi aut ſaltem vtilis, Aut denique quaſi dominij, vt loquitur Bart. *ad dict. l. rem alienam num. 5. & 6.* Etſi Bartolus eo loco videtur aliquantulum diſſentire. Concludit enim nullo caſu ſufficere ad hypothecariam quod debitoris poſſeſſio ſola probetur, ſed illud prætereà omnimodo exigi vt creditor probet dominium directum vel vtile, vel ſaltem quaſi dominium debitoris,

Digitized by Google

niſi quod ſubiungit *dict. num.* 6. nec inſubtiliter, faciliorem eſſe probationem dominij contra debitorem aut eius heredem quàm contra extraneum. Poſſe námque probari dominium contra debitorem, aut ipſius heredem per ſolam poſſeſſionis probationem, proptereà quòd, inquit, non poſſit debitor referre creditori quæſtionem dominij, vt nec creditor debitori ex *l. ſi pignore* 22. *§. ſi prædo & §. ſi creditor D. de pignor. act.* iunct. *l. commodare* 15. *cum l. ſeq. D. commod.* At contra extraneum poſſeſſorem, ſiue cauſam habeat ab alio quàm à debitore, ſiue à debitore ipſo, & ſiue lucratiuam, ſiue onerosãm, non ex ſola poſſeſſione probari poſſe dominium, ſed aliis modis probandum neceſſariò eſſe aut directum aut vtile, aut ſaltem quaſi dominium. Ita enim concludit ille aduerſus Cynum qui ſupradictam diſtinctionem admittebat *ex l. apud Celſum* 4. *§. de authoris D. de doli except.* quo tamen loco tractat Vlpianus de agente ex titulo ſingulari, non de poſſidente, cuius fauorabiliorem condicionem eſſe vult Bartolus ne vnquam ei dolus authoris ſui noceat, ſiue lucratiuam, ſiue oneroſam cauſam habere proponatur. In ſumma vult Bartolus omnimodò & omni caſu neceſſariam eſſe agenti hypothecaria non modò allegationem, ſed etiam probationem dominij, verùm aliter contra debitorem aut eius ſucceſſorem vniuerſalem, aliter verò contra extraneum, & ſucceſſorem debitoris ſingularem probari debere. Pragmatici tamen noſtri, qui minùs ſubtiles ſunt quàm vt Bartoli ſubtilitatem percipere & adprobare poſſint, craſſius & pinguius rem æſtimantes, magis probare ſolent, vt ſufficiat creditori agenti hypothecaria allegare & probare ſolam debitoris poſſeſſionem, quoties agit contra debitorem. Cuius ſententiæ rationem plerique illam adferunt, quòd nihil aut parum intereſſe videatur debitoris, qui cùm non neget ſe debere, effugere non poteſt quominùs ſiue hac, ſiue illa actione & conueniatur & condemnetur. Quæ tamen ratio ſi recta eſſet perinde probaret, neque ad hoc adigendum eſſe creditorem vt probandam haberet poſſeſſionem debitoris ſui tempore conuentionis inſpecto. Cur non enim ſufficeret poſſeſſorem eſſe debitorem eo tempore quo conueniretur, cùm æquè futurum eſſet illo caſu vt reſtituendæ rei haberet facultatem? *l. ſi fundus* 16. *§. in vindicatione D. de pignor.* Atqui nondum ex interpretibus quiſquam inuentus eſt, qui eò vſque progreſſus ſit vt dixerit, nihil intereſſe an debitor rem obligatam poſſederit eo tempore quo ipſam obligauit, necne: ſed ſufficere vt eam tùm poſſideat, cùm conuenitur. Quis verò ferat, vt quod tot locis ſcriptum eſt creditorem agentem hypothecaria probare debere rem fuiſſe conuentionis tempore in bonis debitoris, reſtringi debeat ad eum caſum quo hypothecaria non contra debitorem ſed contra tertium poſſeſſorem exerceatur? Sed & repugnat Paulus *in l. rem alienam* 41. *D. de pignor. act.* vbi negat poſſe debitorem qui rem alienam obligauit conueniri directa hypothecaria etiamſi domino rei ſucceſſerit: Negat poſſe conueniri etiam vtili dominum rei obligatæ per debitorem cui heres ipſe extiterit, Vt intelligamus parum prodeſſe ad hypothecariam quod debitor ſit non modò poſſeſſor, verùm etiam dominus rei obligatæ, niſi vel fuerit iam tum cùm pignus conſtituebatur, vel ſaltem illud etiam concurrat, vt de pignore ille ipſe pepigerit, cui dominium ſuperuenit. Et ratio eſt, quia quiſquis agit hypothecaria, pignus vindicat, dicitque rem in quam agit eſſe ſibi obligatam, vnde & pignoris vindicatio appellatur *d. §. in vindicatione.* Quemadmodum dicimus vindicationem rei directam illam, quæ fit iure dominij ab eo qui dicit rem

ſuam

ſuam eſſe iure vel gentium, vel ciuili *l.in rem 23. D.de rei vindic. l. Quintus 27. §.argento D.de aur.& argent.legat.* Nec alio ſenſu poteſt verum eſſe quod vulgò iactatur pignoris perſecutionem eſſe in rem *l.pignoris 17.D.de pignor. l. pignoris 18.C.eod.* cùm alioqui certum ſit hypothecariam actionem eſſe arbitrariam,& conſequenter in ea fieri condemnationem perſonalem ex bono & æquo,ſi res obligata non reſtituatur arbitrio iudicis *§.præterea Inſt.de actio.* Vbi quod dicitur actionum arbitrariarum alias eſſe in perſonam, veluti quibus de eo agitur,quod vi aut metus cauſa, aut dolo malo factum eſt, & De eo quod certo loco.Alias verò in rem veluti Publicianam,Seruianam & quaſi Seruianam,oſtendit ſatis actionem hypothecarriam qua de agimus, dici in rem,non quia in rem ſcripta tantùm ſit(idem namq;euenit in actione Quod metus cauſa,& in actione Ad exhibendum, quas tamen & arbitrarias, & in perſonam eſſe certiſſimum eſt)ſed quia rem afficit & actori obligatam eſſe intendit. Quod in cæteris arbitrariis non ſimiliter euenit, quæ in perſonam ſunt,nec ſi in rem ſcriptæ dicantur,qualis eſt actio Quod metus cauſa *l. metū 9.§.1.l.item ſi eum 14.§.in hac actione D.quod met. cauſ.* Alioqui paullatim dicemus,nihil referre an actio ſit merè in rem,an verò directa in perſonam, in rem verò ſcripta.Fit igitur ex neceſſitate & natura actionis vt quicunque agit hypothecaria probare debeat rem ipſam quam perſequitur obligatam eſſe,& conſequenter fuiſſe in bonis eius qui dicitur eam obligaſſe, cùm fieri nequeat,vt iure obligata ſit ab eo in cuius bonis non fuerit, licèt is contra quem actio exercetur ſit debitor,nec negare poſſit ſe debere. Fateor, quod omnes admittunt,neceſſarium etiā eſſe vt qui agit hypothecaria, dicat probétque ſibi deberi,quoniam ſicut pignoris & hypothecæ obligatio,non niſi acceſſoria eſt,ad obligationem principalem:Ita nec hypothecaria poteſt ſubſiſtere,niſi quādiu verum eſt pecuniam ſolutā non eſſe,aut aliter eo nomine ſatisfactū non fuiſſe *l.grege 13.§. etiam D.de pignor.* licèt nonnunquam eueniat vt ſublata quoque principali obligatione vinculum pignoris nihilominùs duret *l.2.C.de luit.pignor.l.debitor 59 D.ad SC.Trebell.l.pen. §.1.D. de except.rei iudic.*de quarum legum ſententia,& ratione alibi ſcripſimus. Sed nemo tamen ideò dixerit ſufficere probationem debiti ad exercendā hypothecariā, nec ſi contra debitorem ipſum aut ipſius hæredē exerceatur:cùm nihil vetet deberi,neq; tamen contractū eſſe vinculū vllū pignoris, aut quia nō conuenerit de pignore,vt *in l.Ariſto 3.D.quæ res pign.oblig.poſſ.*aut quia is pignori dederit qui nexū facere nō potuit,nec iure obligare *l.vlt.C.ſi alien.res pign.dat.ſit.*

ERROR SECVNDVS.

De faciendis debitori denunciationibus. Ad l.debitores 10.C.de pignor. & l.creditor 4.C.de diſtr. pignor.

SED nec illud verum eſt,quod tractat Bart.*ad d.l. rem alienam nu. 13.* Etiam probandum eſſe in hypothecaria quòd debitor fuerit in mora ſoluendi debiti *ex l.debitores 10.C.de pignor.* Conſtat.n.tū quoq; cùm dies penſionis nondū venit,quo caſu nō poteſt debitor eſſe in mora,cùm nulla intelligatur ibi mora fieri vbi petitio nulla eſt *l.ſi pupillus 127.de verb.oblig.l.mora 88. de regul. iur.* dandā tamē creditori pignorū perſecutionē medio tēpore,quia intereſt eius vt ex Celſo Vlpianus ſcribit *in*

Digitized by Google

l.quæſitum 14.*D.de pignor.*Nec eſt contrarium, quod reſcripſerunt Imperatores *in d.l.debitores*,Præſentes debitores priùs denunciationibus conueniendos eſſe.Id enim ad eũ caſum pertinet,quo creditor velit perſequi pignora nõ tantùm ad auocandam eorum poſſeſſionem, acquirendámque ſibi retentionem,ſed etiam ad ea diſtrahenda, quod vtique facere non poteſt niſi præcedente denunciatione, non ſolùm ſi conuenerat ne poſſet pignus diſtrahi, quamquam eo caſu trinam denunciationem præcedere oportet, *l.ſi conuenit* 4.D.*de pignor.act.*ſed etiam ſi vel de pignore diſtrahendo nominatim conuenerit,vel de eo nihil dictum ſit,non quaſi voluntas exquirenda ſit debitoris an cõſentire velit diſtractioni quam vtique impedire nullo modo poteſt *l.*1. *& 2.C.debit.vendit.pignor.imped.non poſſ.* quod autem fieri poteſt inuito debitore,cur non etiam illo ignorante? *vulg.l.qui poteſt 26.de regul.iur.*Sed vt tanto maiore precio pignus diſtrahatur debitore emptores vndique conquerente, quorum licitationibus fiat vt pluris res æſtimetur, commodo debitoris, qui quod plus erit in precio, quàm in debito per actionem pignoratitiam repetiturus eſt, ita vt ob eam cauſam dici poſſit venditio facta dolo malo quæ inſcio debitore facta eſt *l.creditor* 4.*C.de diſtract.pignor.l.cùm contra* 4.*l.vlt. & paſſ. C.ſi vendit. pignor. agat.* Ideóque nec aliter denunciatio iſta neceſſaria eſt quàm ſi debitor ſit præſens *d.l.debitores.* Alioqui ſi abſens debitor fuit,ſufficiet publico programmate admoneri eum,vt & cæteros creditores *l. ſi eo tempore 6.l.ſi hypothecas* 8.*C.de remiſſ.pignor.*Idque eſt quod ait *d.l.creditor* 4.in illis verbis,*& ,quando licèt, teſtatò dicere debet.* Nec enim arctandus fuit creditor ad rem aut impoſſibilem aut difficilem vt venditio pignoris impediretur quam exequi iure ſuo,& peragere creditor poteſt. Cæterùm non fit hæc denunciatio ad conſtituendum debitorem in mora,vt putat Bartolus,ſed potius ad cõſtituendum creditorem in bona fide,ne quandoque poſſit ei obiici à debitore factam eſſe venditionem dolo malo & per gratiam aut colluſionẽ creditoris *d.l.creditor d.l.*4.*& l.*1.*C.ſi vendit.pignor.agat.*Nec enim denunciat creditor debitori,vt ſoluat, quod neceſſe eſſet ſi id ageret vt conſtitueret in mora debitorem *l.mora* 32.*D.de vſur.l.Titia Seio* 87.*§. vſuras de legat.* 2. ſed notam ei duntaxat facit proſcriptionem pignoris, ne quid inſcio ſe factum eſſe conqueri iure poſſit.Quare nec exiſtimandum eſt remiſſum hodie quicquam eſſe de huiuſmodi ſolennitate, vt parum cautè quidam exiſtimant.Nam quod Iuſtinianus ſcribit *in §.appellamus in fin.Inſt.de action.* Nullam hoc tempore denunciationem fieri,ad hoc denunciationis genus non pertinet,ſed ad eam veterem denunciationis formam quam neceſſe erat præcedere, priuſquàm actio vlla perſonalis exerceri poſſet, vnde & condictiones dicebantur omnes perſonales actiones,quòd priſca lingua *condicere* nihil niſi denunciare eſſet *d.§.appellamus.*Neque verò adeò malè & indiſtinctè loquitur Iuſtinianus vt dicat nullam hodie fieri denunciationem,ſed addit *eo nomine*,id eſt, ad perſonalem actionem proponendam.Denunciatio autem de qua agimus non tam actio eſt aut quid præparatorium ad agendum quàm certificatio,& vt loquũtur,notificatio ad peragendam pignoris venditionem:in eóque errant valde qui,quod ſcriptum eſt *in d.l.debitores*,ne cum Bartolo ſentiant,ſic interpretãtur acſi reſtringendum ſit ad vnum illum caſum,quo conuenerit inter debitorem & creditorem ne pignus diſtraheretur,vt *in d.l.*4.*D.de pignor.act.*quod ſanè non ita eſt.Generaliter enim lex loquitur, nec vllum in lege tota verbum eſt, ex quo poſſit coniici de hoc potiùs caſu ſenſiſſe Imperatores, quã de illo

de illo quo nulla pactio de pignore non diſtrahendo præceſſerit : niſi fortè illud quod de denunciationibus in plurali numero lex loquitur, cùm vnica denunciatio poſſit ſufficere, præterquàm eo demùm caſu quo conuenerit ne pignus diſtrahi poſſit:quod cùm accidit, trina, vt diximus, denunciatione opus eſt. Verùm leuior hæc coniectura eſt, quàm vt mouere quempiam debuerit. Ideò enim de denunciationibus in plurali numero loquendum fuit, quia & de debitoribus in plurali numero Imperatores loquebantur. Cæterùm in vnius debitoris perſona denunciatio vna ſufficiet nec multiplex exigetur. Sed hæc obiter dicta ſint, vt iam ad Bartolum redeamus.

ERROR TERTIVS.

De debitore conuento hypothecaria referente dominij quæſtionem creditori.

IS ergo fatetur, & rectè idipſum, quod nos volumus, Creditorẽ agentem hypothecaria etiam contra ipſum debitorem probãdum habere dominium ſiue directum, ſiue vtile, aut ſaltem quaſi dominium debitoris, nec ſufficere vt alleget poſſeſſionẽ. Sed quod idem ait creditori alleganti dominium ſatis eſſe vt probet poſſeſſionem, non æquè probare poſſum, quia quod dici ſolet ex poſſeſſione probari dominium ſaltem præſumptiuè ad hanc ſpeciem non pertinet, in qua ſicuti dominium fundamentum eſt intentionis actoris, ita probari ab eo certè debet, nec præſumptiuè tantùm, ſed etiam concludenter : licèt nolim negare poſſe minùs plenas dominij probationes hoc caſu ſufficere, quia non de dominio principaliter agitur in hypothecaria, ſed incidenter : Alioqui ſi ratio illa bona eſt, quòd ex poſſeſſione præſumatur dominium, æquè dicendũ erit, poſſe hanc probationem poſſeſſionis ſufficere, tametſi contra tertium poſſeſſorem hypothecaria exerceatur, quod tamen nec Bartolus, nec alius quiſquam dixit. Quare nec ratione hac mouetur Bartolus, ſed illa ſola quæ à nobis iam relata eſt, quòd debitori non ſit permittendum, vt creditori ſuo referat quæſtionem dominij, vt neque poteſt creditor eam referre ſuo debitori pignoratitiam proponenti. Quæ tamen ratio nec ipſa multò melior eſt. Tunc enim prohibetur reus actori referre quæſtionẽ dominij cùm ex contractu ſuo conuenitur, ſiue conductionis & locationis contractus ille ſit, vt *in l. ſi quis locationis* 25. *C. de locat.* ſiue depoſiti, aut commodati *l. cõmodare* 15. *D. cõmod.* ſiue etiã pignoris *d. l. ſi pignore* 22. *§. ſi prædo, & §. ſi creditor D. de pignor. act.* At cùm debitor conuenitur hypothecaria licèt ob factum & contractum ſuum conueniatur, non tamen ex contractu conuenitur, ſed tanquã poſſeſſor, nec alio iure quàm quo alius poſſeſſor quilibet conueniretur, actione ſcilicet in rem, non in perſonam, qualis vtique eſſet illa, quæ daretur ex cõtractu. Nihil ergo vetat quominùs debitor creditori referre poſſit quæſtionẽ dominij, cùm hypothecaria conuenitur. Nam & illi ipſi quos conſtat dominij quæſtionem referre non poſſe ſi tamen rei vindicatione conueniantur, vt puta conductor, commodatarius, depoſitarius, creditor & aliæ huiuſmodi perſonæ, dominij quæſtionem referre non prohibentur, cùm fieri nequeat vt in iudicio vindicationis alius obtineat, quàm

Digitized by Google

qui ſit & probetur dominus, vt idem Bart. fatetur *ad d. l. accommodare & ſeq. ff. commod.* Quidni ergo debitor quoque conuentus à creditore hypothecaria referre poterit dominij quæſtionem creditori ſuo hypothecariam exercenti? in eóque nimirum differentia magna eſt, quam fingit Bartolus ſe non videre, inter pignoratitiam actionem quæ debitori competit aduerſus creditorem ſoluto debito, & hypothecariam quæ creditori aduerſus debitorem ad ſolutionem debiti conſequendam. Pignoratitia enim competit ex contractu, ideóque non poteſt impediri ab eo qui contraxit. Hypothecaria verò licèt non naſcatur ſine præcedente pignoris conuentione, præterquàm iis in caſibus in quibus placuit pignus vel hypothecam tacitè contrahi, non tamen immediatè naſcitur ex contractu, ſed ex hypotheca per contractum inducta, quæ rem ita afficit, vt etiam contra eum qui non contraxit, perinde hypothecaria exerceri poſſit, atque contra eum ipſum qui contraxit. Vnde fit vt quemadmodum par & æquale ius habet creditor ad inſtituendam hypothecariam aduerſus quemlibet rei obligatæ poſſeſſorem, ita æquo & pari iure vinci debeat, ſiue aduerſus debitorem ipſum agat, ſiue aduerſus tertium, ſi dominij quæſtio ei referatur: cùm dominij cauſa in neceſſarium antecedens præcedat cauſam pignoris. Quamuis vbi ſemel pignus rectè ac vtiliter conſtitutum eſt, nihil habeat cum iure dominij commune *l. 1. §. cùm prædium ff. de pignor.* Id enim eſt quod Papinianus dicebat *in l. iuſto 44. §. non mutat ff. de vſucap.* pignoris perſecutionẽ nulla dominij ſocietate coniungi, ſed ſola conuentione conſtitui, ob ídque nec perimi vſucapione. Dices fortaſſis, eum qui ipſe conuenit de pignore tanquàm dominus cùm non eſſet, improbè reſiſtere, quominùs hypothecaria actio contra eum moueatur, cùm ita fiat vt ex mendacio ſuo arguatur, quomodo Paulus ratiocinatur *in l. rem alienam 41. in fi. D. de pignorat. act.* Sed reſpondeo, poſſe hanc rationem eo demùm caſu procedere, quo is qui antequàm dominus eſſet, conuenit de pignore, poſteà conuenitur hypothecaria eo tempore quo iam factus ſit dominus, qui caſus eſt de quo Paulus tractat eo loco, nec tamen habet rationem illam pro bona niſi tùm demùm cùm tria iſta concurrunt vt qui conuenitur & debitor ſit, & dominus, & conuenerit de pignore: & rurſum his quoque omnibus concurrentibus, hactenus habet eam pro bona vt det creditori vtilem duntaxat hypothecariam, non etiam directam. Cæterùm ſi quid deſit vel vnum ex tribus ſupradictis, non patitur Paulus vt hypothecariam exercere poſſit creditor, ne quidem vtilem, nec ſi debitor, & dominus ſit is, qui tanquàm poſſeſſor pignoris conuenitur, quoniam, inquit, non ſufficit ad inducendam vtilem hypothecariam eundem eſſe dominum, qui etiam pecuniam debet, ſi non illud quoque, ſupple, interueniat, vt idem ipſe conuenerit de pignore. Quanto minùs ergo ſufficiet eundem eſſe debitorem & conueniſſe de pignore, ſi non etiam illud concurrat vt idem ille ſit dominus rei obligatæ, illo nimirum tempore quo conuenitur? Poteſt igitur debitor conuentus hypothecaria referre quęſtionem dominij creditori, non quidem vt neget ſe dominum fuiſſe tempore cõuentionis, ſi fateatur ſe dominum eo tempore quo conuenitur, ne ex ſuo arguatur mendacio, ſed vt poſſit negare ſe dominum eſſe tum cùm per hypothecariam conuenitur, licèt non eo minùs verum ſit eum & debere, & de pignore conueniſſe. Ac proinde non eſt bona ratiocinatio Bartoli, concludentis poſſe ſufficere creditori agenti hypothecaria contra debitorem vt probet poſſeſſionem ſolam ad probandum dominium, quòd debitor quæſtionem dominij referre creditori non poſſit.

ERROR

Digitized by Google

ERROR QVARTVS.

Qualis dominij probatio neceſſaria ſit creditori agenti hypothecaria.

VERVM hoc ipſum quod nos cum Bartolo dicimus & omnes ferè habent pro vero, agenti hypothecaria creditori neceſſariam eſſe probationem dominij, vereor ne aliter intelligi debeat, quàm vulgò intelligatur, vt verũ videri poſſit. Nam cùm duplex ſit in libris noſtris dominij differentia, vnius quod Quiritiarium, alterius verò quod bonitarium appellatur, vt ſæpiùs docuimus ex Vlpian. *in Fragment. ti. 19. de acquiſit. rer.* Non puto verum eſſe quod vulgò creditur, cogendum creditorem vt probet fuiſſe debitorem rei obligatæ dominum iure Quiritium, ſed ſufficere vt probet fuiſſe rem in bonis debitoris, quod ipſum nihil niſi bonitarium dominium eſt. Sic enim loquitur Caius noſter *in d. l. & quæ nondum 15. §. quod dicitur D. de pignor.* poſt Papinianum *in l. 3. eod.* Creditorem probare debere, rem in bonis debitoris eo tempore fuiſſe quo pignus contrahebatur. Itémque Imperatores *in l. cùm res 5. & l. quæ prædium 6. C. ſi alien. res pignor. dat. ſit.* Quod Marcianus *in l. ante omnia 23. D. de probat.* ſic expreſſit, vt dixerit, illud quoque probare creditorem pleniſſimè & implere debere, rem pertinuiſſe ad debitorem eo tempore, quo conuenit de pignore, aut quo ex eius voluntate hypotheca data ſit. Ad nos enim res pertinet quæ in bonis noſtris eſt, licèt dominium eius non habeamus: quo nomine Quiritiarium potiùs quàm bonitarium apud Iureconſultos ſignificatur, quoties ſimpliciter profertur, quòd dominij bonitarij nomen magis prætorium ſit, quàm ciuile. Potuit enim Prætor facere rem in bonis alicuius, at dominum facere non magis potuit quàm facere legem, cuius authoritas neceſſaria eſt ad dominium transferendum, vt Vlpianus ſupradicto loco ſcribit, & Iuſtin. *in §. quos autem Inſt. de bonor. poſ.* iunct. *§. vlt. Inſt. de hæred. qualit. & differ.* Rem námque in bonis ſuis habere intelligitur, quiſquis aut eam poſſidens habet exceptionem, aut amittens habet actionem ad eam recuperandam *l. rem in bonis 52. de acquir. rer. domin.* Vnde eſt quod habet iuris regula, id quod euincitur non eſſe in bonis *l. quod euincitur 190. de regul. iur.* Atqui ſolius Prætoris eſt & actionem dare & exceptionem, nec minùs cùm actio ciuilis eſt quàm cùm prætoria, nam & ciuiles actiones dat aut denegat Prætor tanquàm miniſter & viua vox iuris ciuilis, poteſt igitur Prætor facere vt res aliqua ſit, vel non ſit in bonis. Quod cùm facit, equidem hoc ipſo facit dominum eum in cuius bonis res eſſe incipit *l. ſi finita 15. §. Iulianus D. de damn. infect.* ſed facit ſuo modo, id eſt, quantum poteſt, ac proinde bonitarium duntaxat dominum, vt ſic loquamur, non etiam quiritiarium: talem denique qui dominus dici abſolutè non poſſit, ſed quem potiùs ei opponere debeamus qui verè dominus eſt, quaſi non ſit & ipſe dominus *l. 2. §. 1. D. ſi ex noxal. cauſ. agat. l. qui vſumfructum 3. ſſ. ſi vſusfr. pet. l. quamuis 75. ſſ. de iur. dot.* Ex quibus iam facile eſt intelligere quam rationem habeat quod nos dicimus: Sufficere creditori vt probet rem obligatam in bonis fuiſſe debitoris eo tempore quo pignus contrahebatur: nempe quoniam actio ipſa hypothecaria prætoria eſt, non ciuilis, nec tantùm hypothecaria, quæ & quaſi Seruiana, ſed & Seruiana ipſa. *§. item Seruiana Inſt. de action.* Quidni ergo Prętor ei dabit hypothecariam, qui debitoris ſui dominium bonitarium probare poſſit? cùm dominium

Digitized by Google

cum effectu,id eſt,cum omnibus dominij vtilitatibus coniunctum: ita vt hodiè verum ſit nec dominium bonitarium vllum eſſe,ſeiunctum ſcilicet à quiritiario:nec quiritiarium dominum eſſe quemquam, qui rem in bonis non habeat. Conſequenter parum aut nihil hodie refert, an dicamus, Agentem hypothecaria creditorem probare debere,in dominio,an in bonis debitoris rem fuiſſe, dummodò eam propoſitionem intelligamus de dominio,quod hodie vnicum eſt,id eſt,per quod fiat vt res ſit etiam in bonis debitoris. Cæterùm ne huiuſmodi diſtinctionibus & duplicis dominij & duplicis iuris veteris ſcilicet ac noui indigeamus,longè melius eſt vt eam loquendi rationem retineamus,quæ antiquis prudentibus familiaris fuit,& quæ non minùs hodie vera eſt quàm olim:Hactenus onerandum creditorem, vt probet in bonis debitoris rem fuiſſe. Nihil enim à Iuſtiniano aut alio vllo Imperatore fuit immutatum, quod ad hoc vt res in bonis alicuius eſſe incipiat, ſed tantùm quod ad dominiorum nomina, cauſáſque pertinet, ijdémque penitus modi ſunt hodie qui olim fuerunt faciendi rem in bonis, at non etiam acquirendi dominij.Nam cùm olim ſex tantùm modis ab Vlpiano relatis *d.tit.* 19.acquirerentur dominia,Traditione,Vſucapione,Mancipatione,Ceſſione, Adiudicatione in iure, & Lege, tot ſunt hodiè modi acquirendi dominij etiam quiritiarij, quot olim fuerunt acquirendi bonitarij: qui porrò fuerunt varij,nec certo vllo numero conſtricti, tanquàm qui pro arbitrio Prætorum ex ipſorum edictis & iuriſdictione inducerentur.

ERROR SEXTVS.

De ſententia & ratione l.ſi ab eo 18.ff.de pignor.& l.rem in bonis 51.ff.de adquir.rer.dom.

QVæ cùm ita ſint non abs re quis miretur,quam rationem habeat,quod Paulus ſcribit *in l.ſi ab eo* 18.*ff.de pignor*.Si ab eo, qui Publiciana vti potuit quia dominium non habuit pignori acceperim, ſic Prætorem tueri me per Seruianam, quemadmodum debitorem tuetur per Publicianam. Cùm enim ea Pauli ſententia eſſe videatur vt creditori hoc caſu non tam hypothecaria ſaltem directa competat, quàm quaſi hypothecaria,quomodo Bartolus quoque ad eum locum rectè interpretatur,Quæro,Cur non directa detur ſi ſufficiat probari rem fuiſſe in bonis debitoris? nam ſi rem in bonis habere dicitur quiſquis eius nomine habet actionem, vt ſuprà diximus *ex d.l. rem in bonis*, an non dicendus eſt debitor in bonis habere rem illam cuius nomine habeat Publicianam? Sed reſpondendum eſt, nec inſubtiliter meo iudicio,neque ideò dari Publicianam bonę fidei emptori,quod rem bona fide emptam in bonis ſuis habeat,neque rurſum ideò videri eum rem illam in bonis habere,quòd eius nomine habeat Publicianam.Etenim cùm Publicianam is demum poſſit exercere qui rem à non domino emit, ſi prætereà illud concurrat vt euenerit bona fide,apparet non poſſe fieri vt qui agit Publiciana rem illam in bonis habeat,cùm nulla iuris parte poſſit dominium quod diximus bonitarium ad eum pertinere,qui à non domino cauſam habet,id eſt ab eo qui neque bonitarius quidem dominus fuit,non magis quàm quiritiarius.

Digitized by Google

Poſſeſſionem enim ab eo vel habitam, vel tranſlatam eſſe vult prætor, qui ſaltem in bonis rem habuerit, vt incipiat res in bonis eius fieri qui poſſeſſionem accipit. Siquidem id perpetuò Prætor obſeruat, vt nunquam niſi intercedente poſſeſſionis tranſlatione dominus quis fiat bonitarius, Poſſeſſionis autem tranſlatio tum quoque cùm fit ex cauſa habili aptáque ad transferendum dominium non plus iuris transferre in accipientem poteſt, quàm fuerit penes tradentem. *l. traditio 20. D. de acquir. rer. domin.* In eóque maximè differebat olim dominium bonitarium à Quiritiario, quod Quiritiariũ ſola legis poteſtate citra vllã traditionẽ transferri poterat, & hodie quoq; poteſt puta in hæreditatibus & legatis *l. 1. in fi. l. 2. & 3. D. de public. in rem act. l. cùm hæredes 23. D. de acquir. poſſ.* At bonitarium à Quiritiario ſeparatum nec olim poterat, quia legis poteſtatem non habebat Prætor *d. §. quos autem Inſt. de bonor. poſſeſſ.* nec hodie poteſt, non ſolùm quòd eadem ſuperſit ratio iuris veteris, ſed etiam quia tale hodie nullum eſt. Dixi *bonitarium à quiritiario ſeparatum*, quia ſi de eo bonitario agas quod poſt ſupradictam Iuſtiniani conſtitutionem quiritiarium dici poſſit, id eſt à quo nullum aliud dominium ſeiunctum ſit, quod quiritiarium ſeparatim dici debeat, poteſt hodie acquiri ſine traditione ſi inde incipiat vnde olim quiritiarium incipiebat, id eſt à poteſtate legis, vel alterius conſtitutionis, quæ parem legi vim habeat, non etiam ſi vnde incipiebat olim dominium quod ab initio erat bonitarium, quamuis poſſet aliquando degenerare in quiritiarium. Erat enim id quoque perpetuum, vt qui à Prætore coſtitutus fuerat dominus bonitarius in quiritiarium tandem euaderet, ſi per legitima vſucapiendi tempora rem poſſediſſet *d. l. ſi finita 15. §. Iulianus D. de damn. infect.* iunct. *l. prætoris 5. in princip. eod. tit.* vbi tamen corruptã eſſe vulgarem lectionem arbitror, ſicque reſtituendam vt legamus: *Prætoris officium eſt vt miſſus in poſſeſſionem etiam per longi temporis ſpatium, iuſtum dominium capere poſſit.* Iuſtum enim dominium per vſucapionem acquiritur propter concurrentem legis poteſtatem, non etiam cùm ſola Prætoris autoritas interuenit, quod fit in bonitario ſolo conſtituendo. Nec aliud videtur feciſſe Iuſtinianus *in d. l. vnic. C. de nud. iur. Quirit. tollend.* niſi quod domino bonitario remiſit neceſſitatem implendæ vſucapionis, dato ei ſtatim iure dominij quiritiarij, quod olim niſi completa demum vſucapione habere non potuiſſet: vt quemadmodum deſinebat olim dominus eſſe quiritiarius is, qui antea fuerat, ex quo nimirum bonitarius compleuerat vſucapionem, ita confeſtim hodie, nullóque lapſu temporis expectato fiat ipſo iure quiritiarius, quiſquis ante illam Iuſtiniani legem bonitarius tantùm futurus erat citra vſucapionem. Nihil enim erat olim quod Quiritiarij dominij ius poſſet extinguere, præterquàm ſi alius iam bonitarius ex bonitario quiritiarius factus fuiſſet, cùm duo eiuſdem rei domini quiritiarij in ſolidum non magis eſſe poſſent, quàm duo bonitarij. Ergo qui à nõ domino emit licèt bona fide, bonitarius dominus ex ea venditione fieri nullo modo poteſt, quoniã ex quib. cauſis per traditionem factam iuſto titulo præcedente dominium quiritiariũ acquiri nõ poteſt, ex iis nec bonitariũ quoque acquiritur, cùm in hoc vno differat dominium bonitariũ à quiritiario, quantum ad cauſam acquirendi pertinet, quòd quiritiarij titulum iuſtum eſſe oportet, bonitarij verò nõ iuſtum, & legitimum, ſed prætorium, id eſt minùs legitimum, eſſe ſufficit, nec legibus cognitum eſſe neceſſe eſt, *d. l. 3. D. ſi vſusfr. pet.* Poteſt tamen hic qui à non domino emit fieri dominus quiritiarius, ſed intercedente demùm vſucapione non

Digitized by Google

re non aliter. Ideóque tametſi viderit Prætor dignum eum fauore aliquo ſi bona fide emerit, & actione aliqua contra extraneos poſſeſſores adiuuandũ ſi poſſeſſione ſua citra factum ſuum ceciderit, non aliter tamen ei ſuccurrere potuit quàm inducto auxilio actionis Publicianæ, quæſitóque actioni colore quaſi rem illam poſſeſſor iam vſucepiſſet, quam tamen reuera cœperat duntaxat vſucapere *§. namque Inſt. de action.* Quo colore nil opus erat, ſi putaſſet Prętor, Eſſe rem in bonis eius qui Publiciana experiri vellet. Habent enim ſuo iure omnes domini bonitarij rei vindicationem, nec tantùm vtilem, ſed etiam directam, quæ vt competat ſatis eſt actorem dominum eſſe iure gentium, licèt non ſit iure ciuili *l. in rem 23. D. de rei vindic. d. l. doce 9. C. eod.* iunct. *d. l. quamuis 75. D. de iur. dot. l. communi 7. §. planè ſi iam damni infecti D. commun. diuid.* Cùm poſſit quilibet vindicare id quod ſuum poteſt dicere, vt contrà, Nemo ſuum dicere poteſt quod vindicare non poſſit, *l. Quintus 27. §. argento D. de aur. & argent. legat.* Dominus autem fit iure gentium quiſquis accipit rem à domino tradente illam animo transferendi dominij, licèt titulus iuſtus id eſt iure ciuili habilis ad transferendum dominium quiritiarium nullus præcedat, Cùm nihil ſit tam naturale quàm voluntatem domini rem ſuã in alium transferre volentis ratam haberi *vulg. l. qua ratione 9. §. hæ quoque res D. de acquir. rer. domin.* Et conſequenter pro domino iure gentium haberi debet ſaltem apud Prætorem quiſquis accipit rem aliquam à Prætore factum domini repræſentante vt contingit in ſpecie *d. l. 15. §. Iulianus D. de damn. infect. & dict. l. 2. in fin. D. ſi ex noxal. cauſ. agat.* Denique quiſquis rem quæ antea fuerat aliena in bonis ſuis habere incipit, quem nos bonitarium dominum appellamus: Ac proinde danda eſt huic vindicatio, & quidem directa quæ domino cuilibet accommodatur: Publiciana verò non directa ſed vtilis vindicatio eſt, quia nec habet pro cauſa veram vſucapionem, ſed quaſi vſucapionem ex prætoria fictione, ob æquitatem & vtilitatem publicam introducta. Ex quo intelligimus non eſſe bonam conſecutionem affirmatiuè, vt res omnes quarum nomine, vel actionem, vel exceptionem aliquam habemus, continuò ſint in bonis noſtris, ſed negatiuè tantùm, vt Quarum rerum nomine nec actionem nec exceptionem habemus, eas nec in bonis eſſe noſtris dicere poſſimus. Atque ita haud dubiè intelligendum eſt quod ſcribit Iurec. *in d. l. rem in bonis.* Alioqui fatendum eſſet eum qui Publiciana experitur habere in bonis ſuis rem illam de qua agit: quod ſi ita eſſet hoc ipſo directam vindicationem habere deberet, neque vtili, hoc eſt Publiciana indigeret, quam ſanè Prætor dat non quia res quæ vſucapitur empta à non domino ſit in bonis vſucapientis ante completam vſucapionem, ſed quaſi ſit in bonis & vero dominio, id eſt, etiam quiritiario, tametſi reuera nec in dominio, nec in bonis vllo modo ſit. Neque verò exiſtimandum eſt, quemadmodum ſine poſſeſſione dominium bonitarium numquam acquiritur, ita è contrario quoties poſſeſſio acquiritur etiam dominium bonitariũ acquiri. Exigitur enim illud prætereà vt rei traditio, poſſeſſioniſq; trãſlatio fiat à domino, aut ſaltem à magiſtratu domini vices ſupplente, & quidem ea mente vt res fiat in bonis accipientis, quod & ad Publicianam requiritur, *l. quæcunque 13. §. 1. in fin. D. de public. in rem act.* Nam nec Publiciana poteſt alij dari quàm qui poſſederit *l. ſiue autem 9. & paſſ. eod.* licèt ſufficiat vel momento poſſediſſe *l. cùm ſponſus 12. in fin. eod.* Si excipias eum cui ex Trebelliano reſtituta eſt hereditas nudo verbo *§. 1. eiuſd. leg.* quia qualiſcunque reſtitutio,

dummodo ex Trebelliano, ſufficit vt res omnes hereditariæ fiant in bonis fideicommiſſarij *l. facta 63. in princip.* iunct. *l. reſtituta 37. D. ad SC. Trebell.* In quo maior eſt poteſtas Senatuſconſulti quàm iuris prætorij, quia & propiùs accedit ad legem *§. quos autem De bonor. poſſ.* Denique ſemper latiùs patet poſſeſſionis nomen & cauſa, quàm dominij, ſiue bonitarij, ſiue quiritiarij, aut quaſi dominij, quia facilius eſt vt poſſeſſio & acquiratur, & amittatur, quàm dominiũ aut quaſi dominium: Ergo ſi is qui rem alienam bona fide emerat cùm eſſet in curſu vſucapiendi, ac proinde Publiciana experiri poſſet, rem illa in interim pignori dederit, non poteſt ipſo iure valere datio pignoris, quia verum eſt non fuiſſe rem in bonis debitoris eo tempore quo dabatur pignori: ſed tamen, quoniam illud quoque verum eſt, datam fuiſſe ab eo cui Prætor non denegaret Publicianam, vtilémque rei vindicationem eo colore quaſi rem illam in bonis haberet, adeóque in dominio quiritiario, id eſt quaſi vſucaptam, omnino conſequens eſt vt creditorem cui ea res pignori data eſt, perinde tueri debeat Prætor data ei Seruiana actione, atque ipſius autorem eundémque debitorem per Publicianam tueretur. Quæ ratio & ſententia eſt *d. l. ſi ab eo 18. D. de pignor.*

ERROR SEPTIMVS.

De ratione & ſententia l. ſi inter 21. §. 1. D. de pignor.

EADEM ferè Vlpiani ſententia eſt *in l. ſi inter 21. §. 1. eod. tit. de pignor.* vbi ait, Si debitor ſeruum quem à non domino bona fide emerat, & pignorauit, teneat, Seruianæ locum eſſe. Ratio enim dubitandi non alia erat, quàm quæ *in d. l. ſi ab eo*, quòd data eſſet res pignori ab eo, qui non habebat illam in bonis: Decidendi verò, quòd non minùs tuenda ſit ea pignoris conuentio per Prætorẽ, quàm ſi à domino facta eſſet, cùm facta ſit ab eo quem Prætor quaſi pro domino habuit, & cui tanquam domino vindicationem vtilem, id eſt Publicianam fuerat conceſſurus. Dices non poſſe in hac ſpecie tractari de Publiciana, cùm debitor ipſe idémque bonæ fidei emptor, rem teneat. Cõpetit enim Publiciana bonæ fidei emptori contra extraneum poſſeſſorem, nunquam verò ei qui ipſe poſſidet, vt neque vindicatio aut alia in rem actio *§. 1. Inſt. de action. l. quæcunque 13. in princip. & paſſ. D. de Publician. in rem act.* Reſpondebo, Ob id nimirum non ſic Vlpianum ſcribere, quomodo ſcribit Paulus *in d. l. ſi ab eo*, vt dicat, ita tuendum eſſe hoc caſu creditorem per Seruianam, quomodo debitorem ipſum tueretur per Publicianam, ſed hoc tantùm ait, Seruianæ locum eſſe. Qua igitur ratione? Nempe quia perabſurdum eſſet difficilius dari à prætore actionem creditori aduerſus debitorem, qui ipſe conuenerit de pignore, quam daturus eſſet contra tertium quemlibet poſſeſſorem. Vt enim Seruianam habere creditor poſſit, ſufficit datam fuiſſe rem pignori ab eo qui Publiciana experiri poſſet ſi non poſſideret, nec illud etiam requiritur, vt Publicianam habere poſſit, ſi aliud nihil impediat, niſi quia poſſidet, cùm hoc ipſo quod poſſidet plus iuris habeat quàm ſi non poſſideret, quantò plus autem iuris habet in ea re aut in eam rem quam pignori dedit, tantò magis fauendũ eſt creditori qui ab eo cauſam habet, omnium maximè verò ſi contra debitorẽ ipſum experiatur: qui ſanè dolo facit ſi agenti Seruiana creditori

Digitized by Google

ditori obiiciat exceptionẽ non dominij quæ ſolet Seruianæ obiici,nõ minùs quàm dominij exceptio Publicianę *l.pen.& vlt.ff.de Public.in rem act.* Idque eſt meo iudicio quod addit idẽ Vlpianus in *d.l.ſi inter §.1.* ijs verbis: *Et ſi aduerſus eum agat creditor,doli replicatione exceptionẽ elidet:* Quam enim aliam exceptionẽ creditori obiicere poſſet debitor? Contrà verò,exceptio dominij quæ obſtat Publicianæ, obſtat etiam Seruianæ, ſed eo demum caſu quo obſtaret etiam Publicianæ,id eſt ſi non emptor ipſe bonæ fidei,idémque debitor,ſed extraneus poſſeſſor conueniretur:ſcilicet alius quàm debitor, ſed qui tamen dominus eſſet,fuiſſétque iam eo tempore,quo pignus dabatur. Illud tamen mirum videtur quod Vlpianus *in d.l.ſi inter §.1.* non de alio loquitur quàm de eo qui bona fide à non domino emerit. Nam cùm de Seruiana tantùm tractet, non etiam de Publiciana, ipſo ſcilicet debitore poſſidente, nec minùs dolo malo faciat debitor qui excipit de non dominio aduerſus creditorem cui rem alienam mala fide emptam pignorauit, Quid attinebat ponere emptam rem à non domino bona fide? Aut cur non dixit Vlpianus, illo etiam caſu quo pignori data ſit aliena res à malæ fidei emptore perinde repellendam eſſe doli replicatione debitoris exceptionem ſi excipiat pignus à non domino nec rectè conſtitutum eſſe? An fortè fauorabilior eſt debitor, qui mala fide emit,aut odioſior creditor, qui vtroque caſu deceptus accepit bona fide pignori eam rem,quam putabat eſſe debitoris? Sed reſpondendũ eſt ad id reſpexiſſe Vlpianũ, quòd licèt vtroq; caſu dolo malo faciat debitor qui excipit de non dominio aduerſus propoſitã Seruianam,prius tamẽ eſt vt Seruianæ locus ſit,quàm vt vel de exceptione non dominij,vel de doli replicatione tractari poſſit,ſiquidem quemadmodũ replicatio omnis præſupponit exceptionem aliquam præcedentem,ita omnis exceptio actionem *l.1.D. de except.* Atqui Seruianæ actioni locus nullus eſſe poteſt cùm res aliena pignori data eſt ab eo qui mala fide illam emerat: Non quia hoc caſu nec locus ſit Publicianæ (nam neque locus eſſet,tametſi debitor bona fide comparaſſet. Cùm ponamus debitorem ipſum poſſidere) ſed quia caſus talis eſt, in quo nec ſi nõ poſſideret debitor,Publicianam tamẽ habere poſſet,quippe quã certũ ſit ſoli bonæ fidei emptori competere poſſe,ſicut & ſolus ille pro emptore poteſt vſucapere,qui bona fide comparauit. Vt ergo re aliena pignori data Seruianæ locus eſſe poſſit,nõ ſufficit acceptum fuiſſe bona fide pignus à creditore,quod ipſum tamen neceſſarium ideò eſt,quia non ſit dignus creditor ſi rem alienam ſciens pignori acceperit, quem Prætor per Seruianã tueatur, ſed illud prætereà requiritur vt debitor qui pignus dedit, bonæ fidei emptor fuerit,& talis qui Publicianam aduerſus extraneum quemcunque poſſeſſorẽ habere poſſet ſi non ipſe poſſideret, quoniam creditori perſequenti pignus rei alienæ non aliter Prætor Seruianam accommodat, quàm ſi pignus acceperit ab eo qui Publiciana vti potuit. Non dico *qui Publiciana vti nunc poſſit* nec enim vti poteſt qui ipſe poſſidet, ſed *qui vti potuit,* ſi fortè poſſeſſionem aliquomodo amiſiſſet. Quod enim bonæ fidei emptor idémque poſſeſſor Publicianam exercere non poteſt,non fit defectu iuris,ſed defectu materiæ, quia non habet eo caſu actio de qua re, nec contra quem proponatur. Ex quo intelligimus, quàm verum ſit, quod nos diſputauimus in præcedentibus, nunquam ſufficere creditori Seruianam exercenti etiã aduerſus ipſum debitorem, vt probet poſſeſſionem debitoris, ſed illud quoque neceſſarium eſſe, vt probet debitorem habuiſſe rem illam in bonis, aut ſaltem

Digitized by Google

in ea cauſa fuiſſe illum vt Prætor vtilem ei actionem in rem & vindicationem, vt puta Publicianam daturus fuerit ſi amiſiſſet ille poſſeſſionem: non quia res illa in bonis debitoris vllomodo fuerit, ſed quaſi fuerit, nec ſolùm in bonis, ſed etiam in dominio quiritiario per vſucapionem acquiſito, quemadmodum explicauimus. Quid? An non ſaltem hodie poſt inductam ex Prætoris edicto Publicianam admittendum erit, in bonis debitoris verè eſſe rem illam cuius nomine non modò actionem aliquam habeat, ſed etiam vtilem rei vindicationẽ, quaſi dominus? vt proinde valeat ipſo iure datio pignoris, ſi bonæ fidei emptor rem à ſe emptam pignori dederit, nec ſpeciali vlla Prætoris tuitione opus ſit ad huiuſmodi pignus defendendum. Minimè verò. Non tam enim inſpiciendum eſt, quòd Publiciana hoc caſu competat, quàm quo iure aut potius colore competat. Porrò non eo iure datur quòd ea res ſit in bonis actoris, ſed eo colore tantùm quaſi ſit iam vſucapta & conſequenter quaſi ſit non ſolùm in bonis, ſed etiam in dominio quiritiario vſucapientis. Vnde eſt quod nec aliter competere Publiciana vel dari poteſt, quàm ſi præcedat cauſa aliqua iuſta dominij acquirendi *d. l. quæcunque.* id eſt talis quæ eſſet habilis ad transferendum per traditionem dominium, ſi traditio à vero domino facta proponeretur, vt explicat & ſubiungit Caius ibid. dummodò illud etiam addas vt res talis ſit quam neque lex, neque conſtitutio alienari prohibeat, quia his caſibus neminem tuetur Prætor, ne contra leges faciat *l. cùm ſponſus 12. §. ſi res talis ſit eod. tit.* Non ergo poteſt facere Publiciana, vt res bona fide empta videri debeat eſſe in bonis emptoris, cùm è contrario ſupponat non eſſe, & ob hoc ipſum ſit neceſſaria quoniam directa vindicatio competere non poteſt bonæ fidei emptori rem illam in bonis non habenti.

ERROR OCTAVVS.

De oppigneratione prædij vectigalis vel emphyteuticarij vel ſuperficiarij.

PRÆDII ſiue vectigalis, ſiue emphyteuticarij, vel ſuperficiarij alia ratio eſt, quàm ſit fundi bona fide comparati cùm de iure pignoris quæritur. Vectigalem enim fundum & emphyteuticarium ita poſſe pignorari vt valeat ipſo iure pignus, tanquàm rectè conſtitutum, apparet ex reſponſo illo Scæuolæ celeberrimo quod extat *in l. lex vectigali fundo 31. ff. de pignor.* & apertiùs Paulus noſter *in l. tutor 16. §. vlt. ff. de pignor. act.* ſcribit Etiam vectigale prędium pignori dari poſſe: quo ſanè verbo poteſtas iuris ciuilis non auxilium ſubſidiarium Prætoris ſignificatur, cùm pignoris obligatio ſit ciuilis & iuſta, id eſt, iuri ciuili ac legibus cognita, quamuis non ſit habilis ad dominium transferendum *l. quæcunque 13. §. 1. ff. de Public. in rem act.* Nec quòd actio Seruiana vel quaſi Seruiana, quæ pro pignoris perſecutione datur, vnde & pignoratitia interdum appellatur, ſit prætoria, ad rem facit. Nam cùm pignus propriè ſit, quod manente proprietate debitoris ſolam poſſeſſionem transfert ad creditorem *l. cùm & ſortis 35. §. 1. ff. de pignorat. act.* in quo maximè differt ab hypotheca, quæ tùm contrahi dicitur, cùm nec poſſeſſio tranſit ad creditorem *l. ſi rem alienam 9. §. propriè eod. tit.* Non putauerat ciuilis legiſlator neceſſariam eſſe actionem vllam creditori pignoratitio, quia ſiue is poſſideret, nulla ei poſſet actio in rem competere, ex regula *§. æquè Inſt. de action. & l. 1. §. interdictum autem ff. vti poſſid.*

Digitized by Google

poſſid. Siue poſſeſſionem caſu aliquo aut ex iniuſta cauſa amiſiſſet, haberet vtique interdicta ordinaria ad eam recuperandam, quippe quæ certum eſt competere pignoratitio creditori cuilibet, tanquàm ſibi & ad propriam vtilitatem poſſidenti in omnibus, præterquàm quod ad cauſam vſucapionis *l. ſerui nomine 16. ff. de vſucap.* In quo plus iuris habent creditores pignoratitij quàm qui à prætore cuſtodiæ tantùm cauſa in poſſeſſionem miſſi ſunt, quia iſti non poſſident *l. 3. §. creditores ff. vti poſſidet.* Bene tamen vidit Prætor vtilius fore ſi actio aliqua de pignore daretur, non ſolùm ſi quo caſu creditor poſſeſſionem pignoris amiſiſſet vt *in l. ſi creditor 28. ff. de pignorat. act.* Sed etiam ſi contentus pignoris conuentione creditor poſſeſſionem in ſe pignoris transferri non curaſſet, quo caſu non pignus ſed hypotheca contracta eſſet, cùm facilius eſſet creditori paciſci de pignore, quàm eius poſſeſſionem ſibi acquirere: Contrahitur enim hypotheca per nudum pactum conuentum, quod etiam inter abſentes & de re abſente fieri poteſt *l. 4. D. de pignor. l. 4. D. de fid. inſtrum. iunct. l. 2. ff. de pact. l. qui autem 14. §. vlt. ff. de conſt. pecun.* At poſſeſſio ſicuti non poteſt transferri quin traditio intercedat, aut quid aliud æquipollens quod ſit traditionis vice, ita nec niſi inter præſentes & rei præſentis, ſiue à pedibus ſiue à ſedibus dictam eam velis, ideóque Seruianam & quaſi Seruianam actionem bene atque vtiliter induxit Prætor, quæ & hypothecaria idcirco appellatur, quòd pro hypothecis primùm non pro pignoribus introducta fuerit, quamuis poteſtas ipſius ad pignora quoque extendatur *§. item Seruiana Inſt. de action.* Præſertim poſtquàm placuit inter pignus, & hypothecam nominis duntaxat ſonum differre, vt ſcriptum eſt *in l. res hypothecæ 5. §. 1. ff. de pignor.* quod ad formulam ſcilicet hypothecariam, vt eius legis inſcriptio demonſtrat. Cùm igitur pignoris obligatio ſit iuſta, id eſt iuri ac legibus cognita, & habilis ad rem afficiendam citra vllum auxilium Prætoris, apparet id quod ſcriptum eſt *in d. l. tutor 16. §. vlt. de pignorat. act.* etiam vectigale prædium pignori dari poſſe, non aliter accipi debere quàm vt ea pignoris datio iure ipſo ſubſiſtat, nec indigeat tuitione prætoria. Addit Paulus, ſed & ſuperficiarium prædium pignori poſſe dari, *quia*, inquit, *hodie vtiles actiones ſuperficiarijs dantur.* Cuius rationis cùm ſenſus ille ſit, vt non minus valeat hodie pignus prædij ſuperficiarij quàm vectigalis, quòd hodie non minùs competat vtilis rei vindicatio pro ſuperficie quàm pro vectigali fundo *l. in ſpeciali 73. §. 1. & l. ſeq. ff. de rei vind.* Conſequens videtur ſi bona ratiocinatio eſt, vt non aliud ius conſtitui debeat in ea re quam bonæ fidei emptor pignori dederit, ſiquidē perinde dat prætor bonæ fidei emptori vtilē in rem actionē, dando ei Publicianam quæ nihil niſi vtilis rei vindicatio eſt. Et tamen hoc ipſum eſt quod nos negauimus capite ſuperiore, cùm probauimus pignus quod à bonę fidei emptore conſtitutum ſit, non valere ipſo iure ſed indigere auxilio Prætoris vt defendatur, quia bonæ fidei emptor qui à non domino emit, nullo modo dici poteſt habere rem in bonis. Augetur dubitatio ex eo, quod idem Paulus ſcribit *in l. cùm ſponſus 12. §. in vectigalibus ff. de publ. in rem act.* In vectigalibus & alijs prædijs quæ vſucapi non poſſunt, Publicianam nihilominùs competere ſi fortè bona fide mihi tradita ſint: idémque eſſe etſi ſuperficiariā inſulā à non domino bona fide emero. His námque verbis innuit Paulus non obſcurè difficilius eſſe, vt pro huiuſmodi prædijs vectigalibus & ſuperficiarijs Publiciana detur, quàm pro cæteris. Et ſanè ita eſt. Cùm enim vſucapi non poſſint, vt lex ait, mirum eſt dari eorum nomine Publicianam, quam toties

diximus eo colore ſolo dari, quaſi res de qua agitur iam ſit vſucapta *l. ſine autem 9. §. hæc actio eod. tit.* Qui ergo fieri poteſt, vt facilius recipi debuerit oppignoratio prædiorum vectigalium & ſuperficiariorum, quàm cæterorum pro quibus datur faciliùs Publiciana? Sed reſpondendum eſt, ideò plus iuris habere illum qui vectigalem fundum, vel ſuperficiarium à domino accepit, vt eius pignorandi ius habeat, quod non habet ſine prætoris auxilio is qui fundum à non domino emit, quamuis bona fide, quia & à domino ipſo ius habet, & tale ius habet quod nec ipſe dominus ei auferre poſſit, dummodo vectigal aut tributum aut ſolarium ſoluatur *l. 1. & 2. D. ſi ager vectigal. petat. d. l. in ſpeciali 73. §. 1. & ſeq. ff. de rei vindic. l. 1. C. de fund. patrim. lib. 11.* Vnde fit vt quamuis per hæc genera contractuum non fiant domini, placuerit tamen, ex prudentum ſcilicet, vt arbitror, authoritate, competere ijs in rem actionem acſi domini eſſent, nec tantùm aduerſus extraneos poſſeſſores quoſlibet, ſed etiam aduerſus dominum ipſum *d. l. 1. in fin. ſi ager vectig.* Nempe quia negari non poteſt quin huiuſmodi prædia ſint in bonis poſſeſſoris, pro quibus nimirum habeant illi actionem in rem non ſolùm inuito domino, ſed etiam contra dominum, quod in prædijs bona fide emptis à non domino, non contingit *d. l. pen. & vlt. ff. de Publician. in rem act.*

ERROR NONVS.

De differentia fundi vectigalis & ſuperficiarij, & actionis quæ de fundo vectigali & eius quæ de ſuperficie datur.

IN quo tamen obſeruari vellem differentiam quam nemo obſeruat, inter vectigalem fundum, & ſuperficiarium. Nam quemadmodum in eo differunt quod vectigales agri non niſi ciuitatum agri ſunt & publici, ſuperficiarij verò ſunt priuatorum, itémque in eo quod vectigales ij maximè dicuntur qui in perpetuum locâtur, Superficiarij verò etiam qui ad tempus ſiue modicum, ſiue non modicum *d. l. 1. in princip. D. ſi ager vectig. l. cotem 11. §. 1. D. de publican. & vectigal. l. 1. §. quod ait Prætor D. de ſuperfic.* Ita & in hoc maximè, quòd actio in rem quæ datur vectigalis prædij poſſeſſori, directa in rem actio eſt, non vtilis, aut ſaltem ciuilis non prætoria, licet non tam ſummo iure, vt videtur competat, quàm recepto & à prudentibus conſtituto. Id enim eſt meo iudicio quod Paulus ſignificat *in d. l. 1. §. 1. ſi ager vectig.* ijs verbis *tamen placuit competere eis in rem actionem.* Placuiſſe enim prudentes noſtri ſimpliciter dicunt, quod vel prudentibus ipſis, vel Imperatoribus placuit, non quod Prætori, & ſimiliter competere actionem quæ ipſo iure competit, non quæ danda eſt à Prætore. At in rem actio illa quæ ſuperficiario accõmodatur, non directa eſt ſed vtilis, nec ciuilis ſed prætoria *d. l. 1. D. de ſuperfic. dict. l. in ſpeciali 73. cum duab ſeqq. D. de rei vindic.* ob idque nimirum non competere dicitur ſed dari *dict. l. 1. §. quod ait prætor dict. l. tutor 16. §. vltim. de pignorat. action. l. Prætor 75. D. de rei vindicat.* Ideò ſcilicet quòd numquam patitur ius ciuile vt ex contractu temporali dominium rei aut immutetur, aut afficiatur, adeóque nec vt res in bonis cuiuſquam fiat, ſed cauſam perpetuam requirit *l.*

1. vbi

Digitized by Google

1. vbi Cuiac. notat iunct. *l. quamuis 75 ff. de iur. dot.* Nec rurſus vt dominium ſuperficiei ſeparetur à domino ſoli *l. numquam 26. ff. de vſucap.* Cur autem minùs frequenter detur ſuperficies in perpetuam locationem quàm fundus vectigalis, ratio ſi quis eam quærat illa videtur adferri poſſe, quod ferè inutile ſolum eſſet abſcedente ſemper vtilitate ſuperficiei, quomodo ſolemus reſpondere cùm quæritur quare non ſit perpetuus vſusfructus ciuitati relictus *l. an vſusfructus 56. ff. de vſufr. l. ſi vſusfructus 8. ff. de vſufr. legat.* Cùm tamen ſuperficies neceſſariò ſoli cauſam & dominium ſequatur non minùs naturali quàm ciuili ratione *l. 2. ff. de ſuperfic.* Item quia contractus ille propemodum emphyteuticus eſſet non ſuperficiarius, ſi quis priuatus ſolum ſuum alteri in perpetuum fruendum locaret. quemadmodum eſſet fundus vectigalis, ſi qua ciuitas vel reſpublica contractum talem iniret, nec enim differunt penè in alio fundus vectigalis & fundus emphyteuticarius. quàm quòd ille publicus eſt *d. l. item § 1. & d. l. 1. ſi ager. vectig.* hic verò priuatus, ſiue ſit priuati hominis, ſiue fiſci *d. l. 1. C. de fund. patrim. lib. 11.* Neque verò tam facile reperiebantur olim ex priuatis hominibus, qui vellent fundos ſuos in perpetuum locare, quouſque Zeno contractum iſtum emphyteuticum induxit, certáque forma donatum voluit, ne quærendum eſſet vt anteà quærebatur inter Iureconſultos, an locatio illa dicenda eſſet, an venditio, an etiam ſocietas *§ adeò Inſt. de locat.* Cuius quæſtionis effectus ille erat neceſſarius, vt qui talem contractum venditionem eſſe defendebant, non dubitarent quin ex eo cõtractu dominium etiam quiritiarium ſicut ex alia venditione qualibet quam verus dominus feciſſet, in accipientem transferretur, ideóque directam habere ipſe deberet rei vindicationem, qui verò contendebant eſſe locationem tantùm, illi actionem in rem nullam accipienti accommodarent, ſed tantùm perſonalem ex conducto aduerſus locatorem, exemplo eius iuris quod in locata ſuperficie ante prætoris edictum De ſuperficiebus obtinuiſſe teſtatur Vlpianus *in d. l. 1. § 1. ff. de ſuperfic.* Cur enim contrahentes tam facilè genus illud contractus elegiſſent, cuius natura vel tum adhuc nulla erat, vel quænam eſſet ignorabatur? ídque ſatis apertè Paulus docet *in d. l. 1. ſi ager vectig.* cùm ait, Vectigales fundos eos dici qui in perpetuum locantur, non vectigales autem eos qui à ciuitatibus dantur ita colendi, vt priuatim agros noſtros colendos, inquit, dare ſolemus. Quibus enim apertioribus verbis potuiſſet exprimere, vix priuatum quemquam eſſe qui fundos ſuos in perpetuum det colendos. Vnde eſt vt ex tot prudentum reliquijs quæ in Pandectis extant, nullus ſuperſit locus qui de iure emphyteutico, contractúque iſto emphyteuticario loquatur, ſed omnes ſint vel de vectigalibus fundis, vel de ſuperficiarijs, niſi quod Tribonianus reſpiciens ad Zenonis & poſteriorum Imperatorum conſtitutiones addidit de ſuo, vt arbitror *in dict. l. cùm ſponſus 12. § in vectigalibus ff. de Public. in rem act.* verba illa *& alijs* credo vt bona emphyteuticaria comprehenderet, & accepit pro ſynonimis Agrum vectigalem & emphyteuticarium *in Tit. ff. ſi ager vectig.* id eſt, inquit, emphyteuticarius petatur. Vt à nobis iam obſeruatum eſt *lib. 20. Coniect. capit. 11.* vbi multa ſcripſimus ſatis noua nec inelegantia de diſtinctione dominiorum bonitarij & Quiritiarij, itémque directi & vtilis, ac longè aliter quàm à cæteris interpretibus tractentur. Sed illud tamen malè, vt nobis nunc videtur, quod differentiam quam modò inter fundum vectigalem & ſuperficiarium conſtituimus, nullam tunc agnoſcebamus,

Digitized by Google

Quaſi non minùs vtilis ſit actio in rem quæ fundi vectigalis conductori datur, quàm quæ ſuperficiario. Denique quaſi vtraque ſit prætoria, neutra ciuilis. Quod ne verum eſſe putem, mouet me illud primùm quod iam diximus à Paulo ita ſcriptum fuiſſe *in d. l. 1. §. 1. ſi ager vectig. placuit competere eis in rem actionem:* quæ verba ſi non probant neceſſariò eſſe illam actionem directam (nec enim nouum eſt vt vtilis actio aliqua ſit, quæ tamen ſit etiá ciuilis, fortè inducta authoritate prudentum ex ſola æquitate cùm ſtricti iuris ratio deficeret, vt in *l. 2. §. item Varus verſ. quamquam in fin. D. de aqua & aquæ pluu. arcend.* & in pleriſque actionibus in factum de quibus in *tit. de præſcr. verb.* licèt non quemadmodum actiones omnes in factum ſunt ſubſidiariæ, ſiue ciuiles ſint, ſiue prætoriæ, ita etiam vtiles omnes dici poſſint) Probant tamen optimè non eſſe prætoriam ſed ciuilem. Neque enim vtiles actiones prætoriæ competere vnquam dicuntur ſed dari, vt iam diximus. Directæ quidem prætoriæ poſſunt dici competere, ſcilicet ex edicto prætoris & ex ipſis verbis edicti, poſtquàm Prætor edixit ſe actionem ex ea cauſa daturum vt cernere eſt in Publiciana *l. 2. 3. 6. 9. 12. §. 2. l. 15. & paſſ. D. de public. in rem act.* ſed vtiles prætoriæ non item. Nec rurſus de directa prætoria quæ competeret ex edicto ita vnquam loquerentur Iureconſulti vt dicerent *placuit competere actionē.* Quid enim attineret quærere an placuiſſet prudentibus id ius quod Prætor edicto conſtituiſſet? Siquidem non à prudentum authoritate ius illud poteſtatem accipit, ſed à magiſtratuum honore ac dignitate, vnde & prætorium & honorarium appellatur. Et hæc ſecunda ratio eſt quę me mouet, vt actionem hanc quæ pro vectigali fundo in rem competit, non putem dici poſſe prætoriam: quia nullum Prætoris edictum eſt quo huiuſmodi actio vel deferatur vel promittatur: quæ tamen omnium minimè prętermittenda erat, ſi nulla iure ciuili competiiſſet, cùm vectigalium fundorum ius in Romana republica & frequentiſſimum fuerit, & antiquiſſimum vt ex pleriſque Marci Tullij & Titi Liuij locis conſtat. Puto quòd ad reipublicæ vtilitatem pertinere maximè crederetur, vt eſſent qui fundos publicos conducere in perpetuum vellent præſtito annuo ſalario, quod reipublicæ perpetui lucri loco eſſet, ac in memoriam rerum aliquando pro republica bene ac feliciter geſtarum. Quis verò ea lege voluiſſet accedere ad perpetuam fundorum publicorum conductionem ſi ius ita fuiſſet, vt eos fundos non magis in bonis, quàm in dominio ſuo conductores haberent, nullámque pro iis actionem in rem exercere poſſent? Etſi enim ſubnixi erant ciuili actione in perſonam ex contractu locationis, quomodo de ſuperficiario ſcribit Vlp. *in l. 1. §. 1. de ſuperfic.* Nemo tamen dubitat quin iis longè fuerit vtilius futurum, ſi poſſiderent ob eámque cauſam in rem agerent, quàm ſi in perſonam experirentur. Qua etiam ratione Vlpianus motum ait fuiſſe prætorem *in d. §. 1.* vt & interdictum proponeret & quaſi in rem actionem ſuperficiario polliceretur. Et verò ſi qua vlla alia prætorij edicti parte dediſſet prætor actionem pro vectigali fundo, dediſſet vtique eo ipſo edicto quo actionem in rem De ſuperficie pollicitus eſt, aut ſaltem quam edicto illo dedit actionem ſuperficiario dixiſſet dare ſe ad exemplum illius quam de vectigali fundo anteà dediſſet. At neutrum horum factum eſt, quia nihil commune aut ſimile habent hæ actiones, quarum ſcilicet vna ciuilis eſt, altera prætoria. Nec eſt improbabile, habituram fuiſſe actionem De fundo vectigali nomen aliquod proprium à Prætore ſi quis fuiſſet, qui eam induxiſſet, quomodo habent, Publiciana, Seruiana

Digitized by Google

uiana, Pauliana, & aliæ pleręque inẽt actio De ſuperficie nullum habeat. Ideóque Papinianus noſter de hac tractans actione & ſimiliter de Publiciana ac Seruiana in *l. ſi cùm venditor 66. in prin. ff. D. de eu ict.* ſimpliciter ita ſcribit: *vel ea actione quæ de fundo vectigali propoſita eſt.* ſcilicet à prudentibus quorũ primum ac præcipuum munus illud fuit vt actiones componerent, quæ poſtea & propoſitæ fuerunt, & euulgatæ *l. 2. §. deinde ex his legibus & ſeq. de orig. iur.* Ac ſanè nihil cauſæ erat cur ciuilis legiſlator tam diligens eſſet in danda actione in rem pro ſuperficie, quàm fuit in proponenda actione De vectigali fundo: Hæc enim ad publicam vtilitatem pertinebat vt diximus, hæc verò De ſuperficie non niſi ad priuatam eorum qui ſolum alienum ad certum tẽpus, aut emiſſent, aut conduxiſſent. Qua de cauſa nec Prætores ipſi niſi poſteriores prouiderunt ſuperficiario data ei vtili in rem actione, quod aptiſſimè Paulus exprimit *in d. l. inter 16. §. vlt. D. pignor. act.* cùm poſtquàm dixit etiam vectigale prædium pignori dari poſſe, ſubiungit: Sed & ſuperficiarium poſſe, *quia*, inquit, *hodie vtiles actiones ſuperficiarijs dantur.* Vt intelligamus aliquod fuiſſe tempus quo nullam in rem actionem habebat ſuperficiarius, quamuis iam tùm nemo dubitaret, quin de vectigali fundo agere in rem liceret. Atque ideo maiorem fuiſſe rationem dubitandi in prędio ſuperficiario quominùs pignori dari poſſe videretur, quàm in vectigali, quod cõſtat etiam ex *l. grege 13. §. & in ſuperficiariis D. de pignor.* & ex *l. etiam ſuperficies 15. D. qui potior. in pignor. hab.* quibus in locis non niſi de ſuperficiei pignore agitur, tãquã de re quæ ſit maioris dubitationis. Nam nec abſolutè ac ſimpliciter verum eſt, hodie vtiles actiones ſuperficiario dari ſed tantùm cauſa cognita *d. l. prætor 75 cum duab. præced. D. de rei vindic.* id eſt ita demum ſi non ad modicum tempus conducta ſuperficies proponatur. In hoc enim duntaxat cauſæ cognitio vertitur, vt ſi quis ad tempus ſuperficiem conduxerit, in rem actio ei denegetur. Quemadmodum Vlp. explicat *in d. l. 1. §. quod ait Prætor D. de ſuperfic.*

ERROR DECIMVS.

Si à ſuperficiario qui ad modicum tempus conduxerat, pignus conſtitutum ſit, aut à vectigalis fundi poſſeſſore ad tempus rem habente.

QVA etiam ratione, puto non improbabiliter defendi poſſe, non alij ſuperficiario permittendum eſſe vt ſuperficiem det pignori, quàm ei qui ſuperficiem non ad modicum tempus conduxerit, atque ita intelligendum eſſe quod generaliter & indiſtinctè ſcriptum eſt *in d. §. & in ſuperficiarijs* & *in d. l. etiam ſuperficies.* Cùm non alia ratio ſit propter quam valere debeat huiuſmodi pignus licèt à non domino contra iuris regulam conſtitutum, quàm quòd hodie ſuperficiario quoque vtiles actiones dentur, tanquam habenti ſuperficiem in bonis iure ſuo, & ex ipſo contractu, & in eo plus iuris quàm habeat bonę fidei emptor, qui non ideò habet Publicianam quod rem emerit, eámque in bonis ſuis per emptionem habere cœperit, ſed quia perinde habeatur à Prætore ac ſi eam rem iam vſucepiſſet, quamuis nondum vſuceperit *§. namque Inſt. de action.* Cæterùm quemadmodum ſi ab eo, qui Publiciana vti potuit, quia dominium non habuit, pignori acceperim, non aliter tuetur me per Seruianam Prætor, quàm quomodo debitorem ipſum per Publicianã tuere-

tur *l.ſi ab eo* 18.*D.de pignor*. Ita nec exiſtimandum eſt alio vllo caſu poſſe defen di pignus in ſuperficie conſtitutum à ſuperficiario, quàm quo Prætor daturus ſit actionem in rem ſuperficiario, ne alioqui eueniat, vt ex contractu inito cum ſuperficiario acquiratur creditori ius agendi in rem, quod ſuperficiarius ipſe non haberet. Quæ tamen diſtinctio non cadit in fundi vectigalis oppignerationem. Generaliter enim & indiſtinctè verum eſt, Vectigale prædium pignori dari poſſe, nõ adhibita diſtinctione illa, vtrum in perpetuũ aut ad tempus, nec rurſum an in longum tempus ſit locatum an in modicũ. Quia nec diſtinctioni huic locus eſt cùm quæritur, An de vectigali fundo in rem actio competat conductori, ſed generaliter & indiſtinctè placuit competere in rem actionem ex hac cauſa non ſolùm aduerſus quemuis poſſeſſorem, ſed & aduerſus ipſos municipes, nec tantùm ſi in perpetuum fruendum fundum conduxerint à municipibus, ſed etiam ſi ad tempus habuerint conductum, dum ne tempus conductionis finitum ſit *l.vlt.D.ſi ager vectig*. vbi quod vulgo notant, ita eſſe accipienda verba illa *ad tempus* vt tamen modicum tempus excludatur *ex d.l.1.§.quod ait de ſuperfic.* neque legem habet neque rationem, niſi ducto malè argumento à ſuperficiario fundo ad vectigalem. Nam cùm vectigales fundi non dentur niſi ob publicam vtilitatem, & quatenus publica vtilitas exigit, non debuit alia deteriórque eſſe condicio fundorum reipublicæ qui ad modicum tempus conducti eſſent, quia nec id vnquam fiebat niſi ex vtilitate ciuitatis & reipublicæ, cùm vel vtilius videbatur, vel aliter, id eſt in perpetuum fieri conductio non poterat. Itaque quod Paulus ſcribit *in d.l.1.D.ſi ager vectig.* non ita eſt accipiendum, quaſi non vectigales fundi ſint omnes illi qui non in perpetuum locantur, ſed ita potiùs, vt vectigales ſint qui locantur ea lege, vt quandiu pro his vectigal pendatur, tandiu neque ipſis qui conduxerint, neque his qui in locum eorum ſucceſſerint auferri eos liceat (ſic enim apud Paulum legendum eſt) Non vectigales verò illi qui ita colendi dantur vt priuatim agros noſtros colendos dare ſolemus, id eſt non ea lege ſed certa mercede quæ non vectigalis & tributi loco ſit, ſed fructuum modo reſpondeat, ſi colonus ſit nummarius, aut ad certam partem fructuum ſi colonus ſit partiarius. Altero enim ex his duobus modis priuati omnes locare agros ſolent, non etiam ita vt quandiu penſio ſoluetur, non liceat locatori rem ſuam aufferre conductori. Cæterùm ſiue in perpetuum, ſiue ad tempus agri ciuitatis locati ſint ſub lege pendendi vectigalis & tributi, atque ita ne interim expelli conductor poſſit erunt haud dubiè vectigales ſiue in perpetuum locati ſint, ſiue ad tempus, vt conſtat ex coniunctione *d.l.1. cum l.vlt.eod.* Quanquam frequentius erat, vt in perpetuum locarentur, Rarius verò vt ad tempus, nec aliter vt puto, quàm cùm non reperiebantur, qui conducere in perpetuum vellent. Eſt igitur neceſſariò duplex admittenda hæc differentia inter vectigalem fundum, & ſuperficiarium, quòd pro vectigali fundo datur in rem actio etiamſi ad tempus modicum facta conductio ſit, & conſequenter valet omnimodo, & omni caſu fundi vectigalis oppigneratio, etiam citra tuitionem prætoris, at pro fundo ſuperficiario nec datur in rem actio niſi cauſa cognita, id eſt niſi ad non modicum tempus facta locatio ſit, nec proinde valet oppigneratio ſuperficiei niſi eo demum caſu quo debitor qui eam dat pignori conductor ſit ad longum tempus, quo etiam caſu nõ ipſo iure valet oppigneratio, ſed tuitione tantùm prætoria, vt de ſeruitutib. à ſuperficiario conſtitutis ſcriptum eſt *in d.l.1.§.vlt.de ſuperfic.*

ANT.

Digitized by Google

ANTONII FABRI I.C. SEBVSIANI, SENATORIS SABAVDIENSIS, ET IN GEBENNENSIS DVCATVS AVDITORIO PRAESIDIS,

DE ERROR. PRAGMAT. ET INTERPR. IVR.

DECAS LXIIII.

ERROR PRIMVS.

De Publiciana quæ pro fundis vectigalibus & ſuperficiariis competit.

EXPLICANDVM illud ſupereſt, quod ſuperiore Decade obiecimus ex *l. cùm ſponſus 12. §. in vectigalibus D. de publician. in rem act.* vbi Paulus ſcribit in vectigalibus, & in aliis prædiis, quæ vſucapi non poſſunt, Publicianam competere ſi fortè bona fide mihi tradita ſunt, idémque eſſe ſuperficiariam inſulam à non domino bona fide emero. Difficile ſiquidem videtur intelligere cur prædiorum vectigalium, & ſuperficiariorum faciliùs recepta ſit oppigneratio, quàm prędij bona fide empti cuius nomine Publiciana competit, cùm è contrario difficiliùs ſit vt pro fundis vectigalibus & ſuperficiariis detur Publiciana quàm pro cęteris. Difficilius enim dari Publicianam pro fundis vectigalib. & ſuperficiariis, ex eo apparet quod vſucapi nullomodo poſſunt. Obſtante ſcilicet mala fide, & ſcientia rei alienæ, cùm is qui fundum vectigalem aut ſuperficiarium conducit, alienum eſſe ſciat, non minùs quàm qui accipit pignori, de quo *in l. pignori 13. D. de vſucap.* etſi in ſuperficiario prædio alia ſpecialior ratio eſt, nempe, quia ſuperficies ſine ſolo capi longo tempore nunquam poteſt *l. nunquam 26. D. de vſucap.* ita vt ſi qua ratione vſucapi ſolum non poſſit, nec ſuperficies vſucapiatur *l. ſi ſolum 39. eod.* Porrò non datur alio colore Publiciana, quàm quaſi iam vſucapta ſit ea res de qua agitur *§. namque Inſt. de action.* Indéque nimirum eſt quod ea actio in his rebus quæ vſucapi non poſſunt, puta in furtiuis, aut in ſeruo fugitiuo locum non habet *l. ſiue autem 9. §. hæc actio D. de Publician. in rem act.* Cur non ergo faciliùs permittitur oppignoratio rei bona fide emptæ, quàm fundi vectigalis aut ſuperficiarij? Sed facilis reſponſio eſt eius demùm fundi vectigalis aut ſuperficiarij oppignerationem ipſo iure valere, quē dominus ipſe locauerit, conductor verò oppignerauerit, non enim vt fundus re vera vectigalis ſit, aut ſuperficiarius, ſufficit conductum eum eſſe ſiue in perpetuum, ſiue ad tempus aut longum aut modicum, ſed illud primùm ac maximè requiritur, vt dominus verè fuerit ille qui

Digitized by Google

locauit, alioqui certum eſt, ab eo qui dominus ipſe non ſit, fundum vectigalem aut ſuperficiarium fieri nullo modo poſſe, quamuis nihil vetet alienam quoque rem à non domino locari perinde ac vendi. Plus enim eſt dicere fundum vectigalem, aut ſuperficiarium quàm conductum, quia non quemadmodum quiſquis vectigalis & ſuperficiarius idem & conductus eſt; ita poſſit quis è contrario dicere vectigalem aut ſuperficiarium eſſe fundum omnem, qui conductus ſit, ſiquidem vectigalem, aut ſuperficiarium fundum eſſe, reale aliquid eſt, & tale, quod afficit rem ipſam facitque vt talis denominetur, cùm ſit ius prædij *l. quid aliud 86. de verb. ſignif.* Ac proinde dominum eſſe neceſſe eſt eum qui rem velit afficere. Nam & inde eſt quod nexum prædiorum, non alia perſona facit, quàm quæ iure potuit obligare, inquit *l. vlt. C. ſi alien. res pignor. d. u. ſit*, cui conſequens eſt, vt ſi quis fundum à domino conduxerit in vectigalem aut ſuperficiarium, non indigeat Publiciana ad rem vindicandam, cùm ſuo nomine habeat in rem actionem, & quidem ciuilem de fundo vectigali, Prætoriam verò de ſuperficiario, vt oſtendimus capite præcedente, ſcilicet quia cauſam habet à vero domino, qui ius in re conſtituere potuit: contrà verò, is qui emit à non domino, ſicuti ius nullum in re habet ita neque actionem aliam habere poteſt quàm Publicianam ad auocandam poſſeſſionem, ſi quo caſu eam amiſerit. At cùm Paulus noſter ſcribit *in d. l. cùm ſponſus 12. §. in vectigalibus ff. de publician. in rem act.* In vectigalibus & alijs prædijs quæ vſucapi non poſſunt, Publicianam competere, de ijs prædijs intelligit quæ ſint quidem verè vectigalia, ſed quæ empta ſint non tanquàm vectigalia, ſed tanquàm propria venditoris, id eſt, tanquam à domino, cùm tamen reuera dominus non fuerit is qui vendidit, ſed vel ille ipſe qui vectigalem fundum à ciuitatis adminiſtratore conduxerat, vel alius. Ideóque benè addit Paulus *ſi fortè bona fide mihi tradita ſint*, id eſt, ſi ea emerim & per traditionem acceperim bona fide, exiſtimans per errorem, eſſe illa propria mei venditoris, ac ignorās eſſe vectigalia. Si enim ſcirem eſſe vectigalia, hoc ipſo eſſem in mala fide, quia ſcirem eſſe aliena, & conſequenter non tantùm vſucapio impediretur, quæ omnimodo & omni caſu impeditur ne poſſeſſio & negligentia conductoris noceat ciuitati cui nihil penitus imputari poteſt, ſed etiam Publiciana, quæ non poteſt competere bona fide, & quidem quæ duobus temporibus interuenerit, contractus, & traditionis *l. ſed etſi 7. aliàs l. eum qui §. vt igitur & ſeq. eod. tit.* Sed cùm puto prædia eſſe mei venditoris licèt reuera ſint vectigalia, vſucapio quidem impeditur, quia prędiorum ipſorum non vitium, ſed qualitas impedit ne vſucapi poſſint, licèt à bonæ fidei emptore poſſideantur, niſi ſi quando ipſorum municipum factum & negligentia cauſam det vſucapioni, quemadmodum in ſpecie *l. ſi finita 15. §. ſi de vectigalibus ff. de damn. infect.* de cuius ſententia & ratione aduerſus omnium interpretum noſtrorum ſententias ſcripſimus *lib. 20. Coniect. cap.* 11. At Publiciana tamen haud dubiè competit, perinde ac ſi vectigalia prędia non eſſent, quoniam omnia hîc concurrunt quæ ad inducendam Publicianam ſunt neceſſaria, niſi quòd cùm non ſoleat dari alio colore, vt diximus, quàm quaſi res iam ſit vſucapta, non videbatur poſſe aptari ad ea prædia quæ quia reuera ſunt vectigalia, vſucapi nullomodo poſſunt. Et hoc nimirum vnum illud eſt, propter quod neceſſe fuit, monere Paulum in his quoque prædijs vectigalibus, ſuperficiarijs & aliis huiuſmodi ſi qua ſunt ſimilia, Publicianam locum habere, cùm iuris communis regula reſiſtere videretur.

Digitized by Google

tur. Ratio autem iuris huius, non alia quærenda eſt, quàm quæ à nobis ſupradicto Coniecturarum loco allata fuit, quòd neque ipſius prædij, neque perſonæ poſſidentis vicio & odio fiat ne vſucapi poſſint, nec rurſus ob aliquam legis prohibitionem, quæ nulla certè eſt de fundo ſiue vectigali, ſiue ſuperficiario alienando, ſed ſolo fauore ciuitatis, cuius intereſt quàm maximè fundos vectigales habere, & quam tamen periclitari non oportet ex facto, & negligentia conductoris, ſi fortè is vectigalem fundum dolo malo vendiderit, aut per nimis latam ſupinámque negligentiam ab alio poſſideri paſſus ſit, non intermiſſa tamen annui vectigalis ſolutione, quantumuis bonam fidem habuerit poſſeſſor. Addo *non intermiſſa annui vectigalis ſolutione*, quia ſi poneres fuiſſe municipes negligentes in vectigale exigendo, iam poſſet ijs imputari propria negligentia, quæ proinde vſucapioni locum faceret, quandoquidem tolleret fauorem illum cuius ſolius ratione ita receptum eſſe diximus vt fundi vectigales vſucapi non poſſint. Nec enim abſolutè vera eſt propoſitio ſi quis dicat, Fundos vectigales vſucapi non poſſe, ſed ita demum ſi addat conditionem *ſi municipibus imputari nihil poſſit* vt conſtat ex *d.§.ſi de vectigalibus in fin.* Imputari porrò ijs eo demum caſu nihil poteſt quo non fuerint negligentes ad ea omnia facienda, quæ iuris ſui conſeruandi gratia facere debuerint, inter quæ præcipuum illud eſt, vt non ceſſent exigere vectigalis annui ſolutionem, quia vectigalium fundorum perpetua illa lex & conditio eſt, vt quandiu pro ijs vectigal pendatur, tamdiu neque his qui conduxerint, neque ijs qui in locum eorum ſucceſſerint, auferri res iure poſſit *d.l.1.ff.ſi ager vectig.* Vnde fit, quod ad rem noſtram maximè pertinet, vt qui emit à vectigalis fundi conductore perinde tutus ſit aduerſus municipes ipſos ſiue agere velit, ſiue excipere, adeóque licèt fundum vectigalem eſſe ſciuerit, atque ſi ipſe fundum vectigalem conduxiſſet, quia conductoris loco eſt, quod ſufficit vt de vectigali fundo agere poſſit *d.§.ſi de vectigalibus*, dummodò non ceſſetur in canonis annui ſolutione, ſiue pendatur vectigal ab eo ipſo qui conduxit, ſiue ab eo qui in locum eius ſucceſſerit *l.lex vectigali fundo 31 ff.de pignor.* In quo plus iuris habet vectigalis fundi conductor, quàm emphyteuta qui à priuato fundum in emphyteuſim accepit. Hic enim non poteſt rem alienare irrequiſito domino, alioqui cadit res in commiſſum *l.vlt.C.de iur.emphyt.* Solus ille qui emphyteuſim à fiſco accepit, ius habet transferendæ illius in extraneum pro arbitrio etiam per donationem, irrequiſito non ſolùm fiſco, ſed etiam iudice, dummodò ſuis quibuſque temporibus ea quæ fiſco præſtanda ſunt, repræſentet, idque ex noua Conſtantini Imperatoris conſtitutione quę extat *in l.1.C.de fund.patrim.& ſaltuenſ.lib.11.tit.61.* Ideò fortaſſe, quòd in alijs plerisque eadem ſoleat eſſe cauſa fiſci, & reipublicæ, aut ciuitatis, vt in *l.bonis venditis 38.ff.de reb.author.iudic.poſſid.* aliàs *l.pen.de priuileg.credit.l.ſi pignus 8.ff.qui potior in pignor.hab.l.3.C.de remiſſ.pignor.* propiúſque accedit ius fiſci ad ius ciuitatis, cùm vtrumque ſit publicum, quàm ad ius priuati. Ex quo apparet, vt hoc quoque obiter moneamus, quàm errent grauiter, qui fundum vectigalem, & emphyteuticarium pro eodem accipiunt, quomodo accepit ea pro ſynonimis ſiue Tribonianus, ſiue interpres alius quiſquis fuit qui Titulum Pandectarum ſic concepit *Si ager vectig.id eſt emphyteutic.petat.* Cùm ea ſaltem differentia, quam modò diximus, agnoſcenda ſit inter hæc contractuum genera, quæ porrò differentia quanti momenti ſit, nemo non videt.

Digitized by Google

ERROR SECVNDVS.

De priuilegio fundorum vectigalium in cauſa vſucapionis.

CÆTERVM quemadmodum non poſſunt municipes conductorem fundi vectigalis expellere adeóque nec eum qui in conductoris locum, ſiue vniuerſali, ſiue ſingulari titulo ſucceſſerit, dummodò promiſſum vectigal pendatur, ita ſtatim atque ceſſante tam conductore quàm poſſeſſore in ſolutione vectigalis municipes nihilo magis ius ſuum exequuntur, incipit eſſe aliquid quod poſſit ijs imputari, & quod proinde facere debeat, ne vllo fauore digni ſint propter quem impediri debeat vſucapio. Nec eſt quod quis dicat ſecundum hanc ſententiam fieri vt parum aut nihil priuilegij habeant ciuitates pro fundis vectigalibus ſi non aliter eorum vſucapio impeditur, quàm eo demum caſu quo vectigal ab aliquo pendatur, cùm nulla ijs poſſit imputari negligentia, quandiu vectigal exigunt, non ſoleat autem vſucapio nocere niſi negligentibus aduerſus quos ſolos comparata eſt. Nam imò verò priuilegium in eo maximum elucet, quod in priuatorum fundorum conductionibus longè aliter obſeruatur, nam ſi cùm haberem vſumfructum fundi Corneliani, eum fundum proprietarius à me conduxerit, poſteà vendiderit Seio non deducto vſufructu, placuit prudentibus non poſſe me vſumfructum per emptorem retinere, ſed eum amittere non vtendo, licèt proprietarius mihi penſionem quotannis ſoluerit, inquit Vlpianus ex Pomponij ſententia *in l. Pomponius 29. ff. quib. mod. vſusfr. amitt.* vbi ſubijcit rationem perelegantem, ſed quam ex pragmaticis noſtris pauci & inquirerent & probarent ſi non ab Vlpiano expreſſa eſſet, *quia*, inquit, *non meo nomine, ſed ſuo fruitus eſt emptor.* Qua etiam ratione ſubiungit ibidem Vlpianus, ſi à me fructuario conductum vſumfructum quis alij locauerit, retineri quidem vſumfructum, quia ſcilicet ſecundus conductor ſolet poſſidere eius nomine cuius & primus, ſed ſi proprietarius idémque conductor eum locaſſet alij ſuo nomine dicendum eſſe vſumfructum perinde amitti: Non enim meo nomine fruitur colonus, ſed eius à quo conduxit, qui porrò nõ meo, ſed ſuo nomine locauit. Sed etſi, inquit, vſumfructum à me emptum proprietarius vendidiſſet, æquè amitterem vſumfructum, quoniam & hic non vt à me empto, ſed vt ſuo fruitur fundi emptor: Et ratio huius rationis illa eſt, quia ius vſucapionis non ſolùm ad puniendam dominorum negligentiam comparata eſt, ſed etiam ac potiſſimùm fauore boni publici, bonæque fidei poſſeſſoris, *l. 1. D. de vſucap.* Secundum quam rationem dicendum eſſet Etiam vectigalis prædij permittendam eſſe vſucapionem, aut ſaltem longi temporis poſſeſſionem, tametſi annuum vectigal ſua quaque die ſolutum probaretur, niſi ciuitatum fauor etiam publicus contrarium ius extorſiſſet, vt non priùs poſſent fundi vectigales vſucapi, quàm aliqua municipibus negligentia imputari poſſet, nec tam poſſeſſoris titulus & bona fides, quàm municipum culpa & ſocordia inſpiceretur, quod in cæteris diuerſum eſt. At quoniam ius illud non tam aliquo poſſeſſoris odio, quàm ſolo ciuitatum fauore inductum fuit, mirum non eſt dari Publicianam bonæ fidei emptori etiam pro vectigali fundo, quamuis vſucapere illum non poſſit, quoniam Publiciana non contra dominum exercetur vt vſucapio, ſed contra extraneum poſ-

ſeſſor

ſeſſorem qui ſiue bonam,ſiue malam fidem habeat,nullo certè fauore dignus videri poteſt contra eum,qui prior bonæ fidei poſſeſſor fuit, quémque nihil impediret vſucapere ſi fauor ciuitatis non prohiberet.

ERROR TERTIVS.

De ratione quæ impedit vſucapionem fundi ſuperficiarij,& de Publiciana quæ eius nomine datur.

SVPERFICIARII prædij hac quoque parte ratio alia eſt:Eius enim vſucapio impeditur non fauore aliquo illius qui ſuperficiem aut vendidit,aut locauit,vt neque odio vllo bona fide poſſeſſoris, ſed ratione merè neceſſaria, quia numquam ſuperficies ſine ſolo vſucapi,aut longo tempore acquiri poteſt *d.l. numquam 26. & d.l.ſi ſolum 39.ff. de vſucap*.ſiquidem & ciuili & naturali ratione omnino neceſſe eſt, vt ad eum ſemper ſpectet ſuperficies ad quem & ſolum *l.2.D.de ſuperfic.* Qua de cauſa, difficilius videri poterat,vt pro fundo ſuperficiario Publiciana poſſet competere,cùm per ipſam rei naturam fiat,vt ſuperficiei poſſeſſor,quantumuis bonam fidem, & iuſtum titulum habeat, vſucapere tamen ſuperficiem numquam poſſit: ſed tamen quia idem fauor eſt bonæ fidei poſſeſſoris hoc caſu, qui eſſet ſi de vectigali fundo ageretur,nec fauorabilior videri poteſt qui ſuperficiarium fundũ quàm qui vectigalem poſſidet,non immeritò placuit idẽ iuris in vtroque prædij genere conſtitui, vt pro vtroque Publiciana detur: ei videlicet qui ſuperficiem emit à non domino, quem dominum eſſe arbitrabatur: hoc enim ſemper requiritur ad inducendam Publicianam, vt actor rem acquiſiuerit bona fide, id eſt, ab eo quem putabat eſſe dominum, & eo animo nactus ſit poſſeſſionem vt credat ſe dominum eſſe *l.quæcumq; 13. §.1.in fin.D. de Public.in rem act.* Quod cùm ita ſit, non poteſt meo iudicio defendi quod Accurſius voluit Dari Publicianam non ei tantùm qui ſuperficiem emerit,vel conduxerit ab illo quem dominum eſſe credebat,ſed ei quoque qui emerit vel conduxerit ab illo quem ſuperficiarium eſſe arbitrabatur cùm non eſſet.Nec enim fieri poſſet vt ſe dominum crederet is, qui ab eo acquireret quem ſuperficiarium eſſe putaret,cùm nemo neſciat ſuperficiarium non modò non eſſe dominum, ſed nec fieri vnquam poſſe quamdiu ſuperficiarius manet.Ergo nec fieri poteſt vtPublicianam habeat emptor qui tanquàm à ſuperficiario comparauit, non tam quòd ſuperficiem vſucapere numquam poſſit, quàm quòd ipſius vicio & mala fide accidat ne vſucapere poſſit,Rem ſcilicet quam ſcit eſſe alienam,hoc ipſo quòd credit eſſe ſuperficiariam.Quo exemplo,nec illud quoque poſſum admittere,vt Publicianã habere is debeat, qui fundũ emit tanquàm vectigalẽ, id eſt,ab eo quem vectigalis fundi conductorem eſſe exiſtimabat.Nam & hic perinde in mala fide eſt,qui rem non tantùm alienam emit & à non domino (alioqui de Publiciana tractandum non eſſet) ſed etiam quaſi alienam,& conſequenter non eo animo, vt ſe dominum poſſit credere,niſi ſupina planè ſtultáque iuris imperitia lapſus.Quid ergo? Is demum agere Publiciana poteſt de fundo vectigali aut ſuperficiario, qui à non domino quidem, id eſt, à vectigalis fundi conductore

Digitized by Google

aut à ſuperficiario. aut etiam ab alio ſi voles prædium comparauerit quod re vera vectigale fuit, aut ſuperficiarium, ſed non tanquam vectigale aut ſuperficiarium, quod citra malam fidem fieri non poſſet, At bona fide, id eſt tanquam prædium quod ad venditorem iure dominij pertineret. Nam ſi quis emerit fundum vectigalem tanquam vectigalem, id eſt, ab eo ipſo quem ſciebat eſſe conductorem, ſicuti Publicianam habere non poteſt, obſtante ei ſua mala fide, vt diximus, ita neque Publiciana indiget, cùm habeat ſuo iure, & mero iure actionem in rem quæ de fundo vectigali propoſita, eſt non minùs quàm ſi ille vel à ciuitate conduxiſſet, Siquidem hac parte nihil omnino intereſt an fundum quis à ciuitate conduxerit, an verò in conductoris locum ſucceſſerit. *d.l.1.D. ſi ager vectig. d.l.l.x vectigali 31. D. de pignor. d. L ſi finita 15. §. ſi de vectig alibus. D. de damn. infect.* Quòd ſi quis fundum tanquam vectigalẽ emerit ab eo qui neq; adminiſtrator ciuitatis neque conductor erat, nullam is actionem habere poteſt, neque Publicianam propter malam fidem, neque actionem de vectigali fundo, quia verum eſt, vectigalem fundum non eſſe: Abſurdum autem ſit dicere actionem quæ non niſi de fundo vectigali propoſita eſt, etiam pro non vectigali vel competere vel dari: nec aliud tamen erit, tametſi reuera vectigalis fundus fuerit, ſed ab eo venditus qui neq; conductor ipſe fuerit, neque à conductore cauſam habuerit. Vt enim actio de fundo vectigali competat, non ſufficit vectigalem fundum eſſe, ſed præterea neceſſe eſt eum qui agere velit, vel conductorem ipſum eſſe vel ſaltem à cõductore cauſam aut mediatam aut immediatam habere. Eadémque ratio facit vt neque illi poſſit aliqua actio competere qui rem alienam emit tanquã ſuperficiariam & tanquam à ſuperficiario, qui tamen ſuperficiarius non erat, ſiue ſuperficiaria inſula fuerit, ſiue non fuerit. Non enim plus iuris habere poteſt is qui prædium emit tanquam ſuperficiarium quàm qui tanquam vectigale, ſiue de Publiciana tractetur, ſiue de propria actione quæ de vectigali fundo propoſita eſt iure ciuili, aut de ſuperficie à prætore promiſſa Nam & hæc quæ de ſuperficie datur, in eo minùs iuris habet quàm illa quę de fundo vectigali competit, quòd illa nõ tantùm competit & quidem iure ciuili, hæc verò datur tantùm nec niſi iure prætorio, ſed etiam ita competit illa vt propoſita ſit hoc eſt omnibus agere volentibus expoſita dummodo ea concurrant, quæ proximè diximus. Hæc verò de ſuperficie non tam proponitur quàm promittitur, nec tam datur ex edicto prætoris mortuo, vt noſtri loquũtur, quàm decernitur à prætore viuo quia non niſi cauſa cognita datur *d. l. 1. in princip. & §. quod ait prætor D. de ſuperfic.*

ERROR QVARTVS.

De ſententia & emendatione l.1.§. quia autem D. de ſuperfic.

QVANDO de ſuperficie tam multa dicere cœpimus, poſtulat inſtituti noſtri ratio, vt ne quid prætermittamus eorum omnium, quæ *ad Tit. De ſuperfic.* pertinent, ſi quid ſit, quod interpretatione & emendatione noſtra indigere videatur. Nihil autem in toto eo titulo tam difficile eſt, quàm quod ſcriptum legimus *in l.1. §. quia autem*, his verbis *Quia autem etiam in rem actio de ſuperficie dabitur, petitori quoque in ſuperficiem dari & quaſi vſumfructum, ſine*

Digitized by Google

ſiue vſum quendam eius eſſe & conſtitui poſſe per vtiles actiones credendum eſt. Etſi Bartolus notat non tam eſſe locum hunc difficilem ob aliquam contrarietatem, quàm quòd ſit in ſe intricatus. Ego verò non tam intricatum iudico, quàm iis verbis apertiſſimè conceptum, ex quibus elici ſenſus bonus vix vllus poſſit: Nam cùm prima illa verba, *Quia autem etiam in rem actio de ſuperficie dabitur* non alio ſenſu donari poſſint, quàm vt actio in rem De ſuperficie detur ſuperficiario, ſecundùm id quod paullò antea verbis apertiſſimis idem Vlpianus ſcripſerat *in §. quod ait prætor. eiuſd. leg.* Fieri certè nequit vt quod de petitore ſubiicitur in illis ſequentibus, *petitori quoque in ſuperficiem dari*, de ſuperficiario intelligatur, quomodo poſt Accurſium omnes intelligunt, quin illud ipſum quod iam dictum fuerat, inſulſè ac ſine cauſa repetatur: Cùm tamen nihil manifeſtius ſit, quàm videre Vlpianum ſupradictis verbis id agere vt noui aliquid inferat ex præcedentibus. Deinde quid aliud obſecro eſt dari actionem in rem de ſuperficie, quàm dari actionem ſuperficiario in ſuperficiem ipſam? Nullum ergo aut non niſi ridiculum ſenſum habere poſſunt verba illa *petitori quoque in ſuperficiem dari*. Vt mirum non ſit Accurſium noſtrũ in iis explicandis adeò laborare, nec poſſe extricare ſe, qui & ad verbũ *dari* notat, eius verbi ſenſum illum eſſe Superficiario dari vt & habere & facere poſſit ea omnia quæ in eo §. ſequuntur, Habere ſcilicet quaſi vſumfructum ſiue vſum quendam ſuperficiei, cõſtituere verò alij ſuperficiẽ & tradere, & legare & donare. Quam in ſententiam & interpretationem mouit etiã Accurſium vulgata lectio quæ ſic habet *vſum quendam ineſſe*, pro eo quod in Pand. Florent. multò melius legitur *vſum quendam eius eſſe*, aut *vſum quendam eſſe*; circumcluſa lineis dictione *eius*, quam tamen retineri commodius videtur. Locum eſſe corruptum negari meo iudicio nullo modo poteſt, nec de hoc dubitaſſent aut veteres aut recentiores interpretes, ſi veram emendandi rationem inuenire potuiſſent: quæ tamen mihi non difficilis valde videtur. Illud enim duntaxat emendandum eſt, vt pro *petitori* legamus *pignori*; nec *in ſuperficiem*, ſed qui æquè facilis & lubricus error fuit, *& ſuperficiem*, in hunc modum: *Quia autem etiam in rem actio de ſuperficie dabitur, pignori quoque & ſuperficiem dari, & quaſi vſumfructum ſiue vſum quendam eius eſſe & conſtitui poſſe per vtiles actiones credendum eſt.* Qua lectione & emendatione admiſſa mirum eſt quàm bellè omnia conueniant. Iam dixerat Vlpianus, Prætorem eo edicto non tantùm interdictum polliceri ſuperficiario, ſed etiam actionem in rem de ſuperficie quamuis non niſi cauſa cognita, id eſt, ita demum ſi vel in perpetuum, vel ſaltem ad non modicum tempus ſuperficiem quis conduxerit *d. §. quod ait prætor*. Ex eo verò nunc multa infert: Illud imprimis vt pignori quoque ſuperficies dari poſſit. Bona enim collectio eſt, nec diſſimilis ei qua Paulus vtitur *in l. tutor 16. §. vlt. D. de pignor. act.* vbi ait, non ſolùm vectigale prædium pignori dari poſſe ſed etiam ſuperficiarium, quia hodie, inquit, vtiles actiones ſuperficiariis dantur. Idem verò Vlpianus noſter *in l. in prouinciali 3. §. penult. D. de oper. noui nunciat.* tractans quæſtionem illam, Vtrum ſuperficiarius poſſit opus nouum vicino nunciare, poſteaquàm dubitandi rationẽ eam attulit, quod quaſi inquilinus eſſe videatur, ac proinde nunciandi ius nõ habere, quod nec fructuarius habet ſuo nomine, tameſi plus iuris habeat quàm inquilinus *l. 1. §. vlt. eod. tit.* Concludit tamen & ſeruitutum cauſa actionem ei dari debere, & operis noui nunciationem concedi, ob hanc ipſam rationem quòd Prætor ei det vtilem in rem actionem. Fuit autem addenda co-

Digitized by Google

pula, *& in d.§.quia autem*, elegantiæ & connexitatis cauſa cùm in proximè ſequentibus ſæpius eſſet repetita. Sequitur enim *& quaſi vſumfructum ſiue vſum quendam eius eſſe & conſtitui poſſe*, Et paullò poſt *ſed & tradi poſſe intelligendum eſt, vt & legari & donari poſſit*, niſi quis malit ſcripſiſſe Vlpianum *im* per *m* pro *eam* vetere loquendi & ſcribendi modo, quod tamen minùs probabile mihi videtur, cùm ea loquendi ſcribendíque ratio Vlpiani temporibus iam exoleuiſſet, in cuius reſponſis cæteris nihil tale legimus, vt nec apud cæteros prudentes, quibus nihil familiarius eſt quàm vt terſo & vſitato ſermone vtãtur, non ignorãtes Tuberoni malè ceſſiſſe, quòd ſermone antiquo vſus ſcribere affectaſſet, propter quod minùs grati eius libri habebantur, quos complures reliquerat de vtroque iure tam publico quàm priuato, vt Pomponius refert *in l.2.§.poſt hos quoque Tubero 46.de orig.iur.*

ERROR QVINTVS.

De quaſi vſufructu per ſuperficiarium conſtituto, & de traditione ab eo facta vel donatione vel legato.

SEd quid illud eſt quod ſubiungit Vlp. *in d.§.quia autem & quaſi vſumfructum ſiue vſum quendam eius eſſe?* An quod vult Accurſius, ſuperficiarium habere quaſi vſumfructum vel quaſi vſum quendam eius prædij in quo habet ſuperficiẽ? Ita videri fortaſſe poſſit, vel ob hoc ipſum quod modò diximus, Etiam ſuperficiarium prædium pignori dari poſſe: Nam & fructus rei eſt pignori dare licere *l.vlt. D.de vſur.* Sed non puto hunc Vlpiani ſenſum eſſe: Nec enim de fructu loquitur, ſed de vſufructu, cuius longè alia ſignificatio eſt *l.vacca emptor 43.D.de euict.l.ſi vſusfructus 66.D.de iur.dot.* Dicendum igitur eſt nihil aliud his verbis Vlpianum ſibi velle niſi vt ſuperficiarius quemadmodum ſuperficiem pignori dare poteſt, ita & quaſi vſumfructum ſiue vſum quendam in ea conſtituere poſſit. Vna enim dũtaxat periodus & conſtructio eſt ad illa vſque verba *credendum eſt*, nec ſeparanda ſunt quomodo ab Accurſio & aliis vulgo ſeparantur verba, illa *eſſe, & conſtitui*, quę ambo reguntur à ſequenti tertio infinitiuo *poſſe*, Acſi ſcriptum eſſet, Poſſe quaſi vſumfructum ſiue vſum quẽdam eſſe in ſuperficie & conſtitui à ſuperficiario, id eſt poſſe eſſe, per conſtitutionem à ſuperficiario factam, Hanc verò conſtitutionem fieri per vtiles actiones, dãdas ſcilicet à prætore iis omnibus qui à ſuperficiario ius habeãt, non minùs quàm ipſi ſuperficiario: quomodo dicimus remedio cautionis introductum fuiſſe Senatuſconſulto quaſi vſumfructum earum rerum quæ vſu conſumuntur *l. 2. & ſeqq. D.ill.ti t. De vſufr.ear.rer.quæ vſu conſum.* Cur verò ait Vlpianus Poſſe à ſuperficiario conſtitui quaſi vſumfructum, non autem vſumfructum abſolutè, & cur vſum quendam non etiam vſum ſimpliciter? Quidni enim poſſit ille verum vſumfructum, verúmque vſum conſtituere in ſuperficie, quam etiam vendere quod longè plus eſt, & donare poteſt? Ratio aperta eſt, quia ius vſusfructus non ab alio conſtitui poteſt quàm à vero domino vt nec verus vſus *l. 6. D. de vſufr.* adeò vt quod ad multas cauſas pertinet pars dominij eſſe vſusfructus intelligatur *l.4.eo.* Superficiarius autẽ nullo modo dominus eſt, & ideò quãuis inuito etiam domino ſuperficiem habere ac retinere poſſit, non tamen poteſt cuiquã ius verum conſtituere aliena re vtendi fruendi, ſed hoc tantùm

facere

facere vt per modum quaſi vſusfructus eodem iure ſit ſuperficies penes aliũ quo futura erat penes ſuperficiarium ipſum. Nam nec aliud præſtat ſi prædiũ ſuperficiarium, vendat, aut donet, aut leget, niſi vt eodem iure ſit ſuperficies penes emptorem aut donatarium, aut legatarium, quo penes ſuperficiarium fuiſſet, vt *in l. ſi finita 15. §. ſi de vectigalibus D. de damn. infect. l. lex vectigali fundo 31. D. de pignor. l. peto 69. §. prædium de leg. 2.* Idque eſt quod ſequitur apud Vlpianum *ſed & tradi poſſe intelligendum eſt, vt & legari & donari.* In quo obſeruandum eſt non de venditione aut de ceſſione locutum eſſe Vlpianum, ſed de traditione, quia traditionis nomen latiùs patet, cùm poſſit fieri traditio ex variis cauſis, quarum aliæ iuſtæ ſint & legitimæ, aliæ non iuſtæ & illegitimæ, id eſt iuri & legibus incognitæ *l. quæcunque 13. §. 1. D. de Public. in rem act. l. nunquam nuda 71. D. de acquir. rer. domin. l. 3. D. ſi vſusfr. pet.* Facta autem traditionis mentio coëgit Vlpianum addere verba illa, *vt & donari & legari*, ad exprimẽdam elegantem antitheſim, ex eo deductam, quòd neque ad legandum, neq; ad donandum neceſſaria traditio eſt, Non ad legandum quia rei legatæ dominium citra vllam traditionem tranſit ipſo iure in legatarium *l. 1. in fin. D. de public. in rem act. l. legatum 80. de leg. 2. l. à Titio 64. in fin. D. de furt.* Non ad donandum, quia & donationes quædam ſunt quæ ad exemplum legatorum capiuntur, nec proinde traditionem vllam exigunt, de quibus *in l. 2. D. de publician. l. Marcellus 15. l. etſi debitor 17. l. illud 37. D. de mort. cauſ. donat.* Aliæ verò quæ per ſtipulationem non per traditionem fiunt *l. Papinianus putabat 23. l. ſi ſtipulata 33.* iunct. *l. 3. §. ſciendum D. de donat. int. vir. & vxor.* Ex quo intelligimus malè quoque ita ſcriptum eſſe apud Vlpianum, *vt & legari & donari poſſit* delendámque dictionem *poſſit* tanquam irreptitiam & ab imperito aliquo interprete additam qui exiſtimabat non aliter poſſe perfectum ſenſum præcedentibus verbis conſtare: qui tamen retenta ea inepta futurus ſit. Quid enim neceſſe eſt, Poſſe tradi ſuperficiem vt & legari & donari poſſit, cùm neque legatum, neque donatio quæ aut ad inſtar legati capitur aut ſola ſtipulatione perficitur, vllam exigat traditionem? Imò extra has cauſas traditio ad alias ferè omnes neceſſaria eſt *vulg. l. traditionibus 20. C. de pact.* Addit Vlpianus *& ſi duobus ſit communis, etiam vtile communi diuidundo iudicium dabitur.* Cur verò vtile non directum? Nempe quia iudicium communi diuidundo, ſicut & familiæ erciſcundæ, & finium regundorum ad proprietatis & dominij, non ad poſſeſſionis cauſam pertinent *l. 1. 2. & paſſ. D. famil. erciſc. l. 4. & paſſ. D. commun. diuid.* Dominium autem nullum commune habent ij, quibus ſola ſuperficies communis eſt. Habent tamen vtile iudicium Communi diuidundo, inuicem non directum, quomodo haberent pro fundo vectigali *l. communi 7. in princip. D. commun. diuid.* (tractat enim initium illius legis de iudicio directo communi diuidundo non de vtili, vſque ad *§. ex quibuſdam*) quia non ſolùm aduerſus extraneum quemlibet, ſed etiam contra dominum ipſum haberent vtilem in rem actionem non directam. Proinde non aliter dandum iis erit vtile hoc iudicium, quàm ſi ſuperficiem vel emerint vel non ad longum tempus conduxerint. Nec enim aliter daretur iis actio vtilis à Prætore *dict. §. quod ait Prætor.*

ERROR SEXTVS.

De ſeruitutibus à ſuperficiario conſtitutis, & ad §. vlt. d. l. 1. D. de ſuperfic.

SEQVITVR *in §.vlt.d.l.*1.Seruitutes quoque prætorio iure conſtitui à ſuperficiario,& ipſas ad exemplum earum quæ ipſo iure conſtitutæ ſunt vtilibus actionibus peti. Eâdem prorſus ratione, quia licèt non poſſit valere ipſo iure ſeruitus ab eo conſtituta qui dominus non eſt, cùm per ſeruitutem res ipſa afficiatur per quam ſit prædium aut dominás aut ſeruiens *l.quid aliud* 86.*de verb. ſignific.l.*1.*§.*1.*l.vlt.& paſſ.ff.commun.præd.* ſiue in ſolo,ſiue in ſuperficie ſeruitutes conſiſtant *l.*3.*ff.de ſeruit.l.ſeruitutes quæ in ſuperficie* 20.*ff.vrban præd.* adeò vt nec vnus ex dominis communium ædium ſeruitutem imponere iure poſſit *l.* 2.*ff.de ſeruit.* Cùm tamen ſuperficiarium tueatur Prętor data ei vtili in rem actione etiam aduerſùs dominum,conſequens omnino eſt,vt ſeruitutes quoque,ſiue ei ſiue ab eo conſtitutas tueatur, datis ei & in eum vtilibus actionibus per quas eiuſmodi ſeruitutes petantur. Nam & aliàs ſimiliter euenit plerumque, vt ſeruitutes etiã à domino ſic conſtituãtur,vt ipſo iure non valeant, & tamen per Prætorem defendantur. Quo caſu dicuntur conſtitui,non ipſo iure,ſed tuitione prętoria,puta ſi ad tempus,vel ex tempore,vel ſub condicione *l.ſeruitutes* 4.*D.de ſeruit.* Multò magis dicendum eſt in ea cauſa eſſe illas quę à non domino conſtituuntur,de quibus *in l.*1.*ff.quib.mod.vſusfr. amitt. l.ſi vſusfructus* 9.*§.*1 *ff.vſufr.quem.caueat.* Addit Vlpianus *in d.l.*1.*de ſuperfic.in fin. Sed & interdictum de his vtile competet.* Poteſt enim ſuperficiarij intereſſe,aut eius,qui à ſuperficiario ius habet, vt interdicto experiatur potiùs quàm vtili in rem actione,aut exceptione,quia licèt vtrumque remedium pertineat ad poſſeſſionem, vel retinendam vel recuperandam, *d.l.*1.*§.qui ſuperficiem eod.* commodius tamen eſt,interdictum proponere,quoniam in interdicto de ſola poſſeſſione quæritur: In actione verò, aut exceptione illa in rem vtili, de iure ſuperficiei conſtitutæ, quemadmodum in directa vindicatione de dominio ageretur,& in Publiciana de quaſi dominio. Notari autẽ volo,quod Vlpianus lõgè aliter loquitur de actione,aliter de interdicto. *Actio*,inquit,*dabitur; At interdictum vtile competet*, Nimirum quia actio nõ proponitur ſimpliciter verbis edicti, ſed promittitur cum hac adiectione *cauſa cognita.* Interdictũ verò ſimpliciter & abſolutè proponitur,ideóque competit omnimodo,ſiue ad modicum,ſiue ad non modicum tempus ſuperficies conducta ſit. Cætera quæ Vlpianus ponit *in d.l.*1. ſatis explicata ſunt in præcedentibus, nec vllam habent dubitationẽ,niſi fortaſſe illud quod ſcribit *in §.ſi ſoli, Si ſoli poſſeſſori ſuperficies euincatur æquiſſimum eſſe ſubuenire ei, vel ex ſtipulatu de euictione, vel certè ex empto actione.* Habet enim id duplicem interpretationem apud Accurſium,quarum prior tamen vt veriſſima, ſic & indubitata eſt, intelligendum Vlpianum de eo poſſeſſore qui cùm ſolum & ſuperficiem ſimul emiſſet, paſſus controuerſiam poſſeſſionis ab eo cui per anteriorem contractum fuerat ſuperficies conſtituta, ſuperficiem amiſerat: De quo dubitari poterat, an aliqua ei actione ſubueniendum eſſet, ſiue ex ſtipulatu de euictione,ſiue ex empto: quaſi nihil euictum videretur ſola ſuperficie euicta, cùm non eſſet euictum ſolum.Superficiem verò neceſſe ſit ſolo cedere,adeò vt & ciuili & naturali iure non ad alium poſſit pertinere proprietas & dominium ſuperficiei,quàm ad eum cuius eſt,& ſolum *l.*2.*eod.tit.de ſuperfic.* Sed tamen aliud Vlpiani iudicium eſt, ex æquitate ſubueniendum eſſe huic poſſeſſori eidémque emptori,tanquàm cui pars rei abſit,cùm abeſt ei vtilitas ſuperficiei, quam ſi velit vindicare quaſi dominus ſoli, futurum ſit,vt repellatur per vti-

lem ex-

Digitized by Google

lem exceptionem accõmodandam ſuperficiario,cui etiamſi nõ poſſideret,actionem in rem daret Prętor aduerſus ipſum quoque ſoli dominum ad poſſeſſionem iterum ei aufferendam.Euicta enim res videtur,cùm ſpes habendi ferè abſciſſa eſt *l. euictus 35. l.habere licere 57. ff. de euict.* adeóque cùm aliquid minuitur ex iure quod emptor antè habuit, puta ſi fortè non de proprietate, ſed de poſſeſſione nuda controuerſiam quis ei fecerit,vel de vſufructu, vel de vſu,vel de quo alio iure eius quod diſtractum eſt, *l. ſtipulatio iſta 38. §. ſi fortè ff. de verbor. oblig.* Quid enim ſoli domino prodeſt quod inuito etiam Prætore, aut potiùs & veriùs,Prætore quoque conſentiente habeat dominium ſuperficiei, ſi non eo magis fieri poteſt vt ſuperficiem aut retineat, aut perſequatur inuito ſuperficiario?

ERROR SEPTIMVS.

De ſuperficiario alium faciente ſuperficiarium.

AT mirum pleriſque illud videtur quod tamen Vlpianus apertè ſentit *in d.l.1. §. quia autem ff. de ſuperfic.* vt ſuperficiarius alium ſuperficiarium facere poſſit. Nec immeritò ſanè, nam cùm cauſæ cognitio quam Prætor adhibet in danda ſuperficiario actione in rem ſi qua de ſuperficie poſtuletur in hoc maximè vertatur, vt ei demùm dare illam Prætor velit,qui ſuperficiem vel emerit, vel ſaltem non ad modicum tempus conduxerit, vt ſcriptum eſt *in d.l.1. §. 1. & §. quod ait Prætor*,conſequens videtur,vt qui à ſuperficiario emit,nullam de ſuperficie actionem habere poſſit,cùm in hoc minùs iuris habeat quàm verus ſuperficiarius,non,vt ille à domino ius habet,ſed ab eo quem ſciuit dominum non eſſe. Quis enim ferat tantundem iuris nanciſci eum qui à non domino, quantùm is qui à vero domino ius habeat? Cur non ſatis eſſe debeat poſteriori ſuperficiario, quòd priorem habeat obligatum ex contractu & aduersùs eum perſonali actione ſit ſubnixus?Nam & eius perſonalis actionis poteſtate aſſequi poteſt, vt cogatur prior ſuperficiarius actione illa in rem vtili ei cedere quam haberet cauſa cognita ex edicto,ſi vellet ipſe agere,ſiue contra tertium poſſeſſorem,ſiue contra dominum ipſum. Quomodo ante propoſitum à Prætore edictum De ſuperficiebus ſi quo caſu prohibebatur ſuperficiarius ab alio quàm à domino ſoli ne ſuperficie frui poſſet, non ad aliud agere poterat contra dominum ſoli, quàm vt actiones ſuas præſtaret & cederet *d.l.1. §. 1.* aut vt agere ipſe ſi mallet cogeretur, vt *in l. cùm in plures 60. §. meſſem ff. locat. l. Iulianus 13. §. penult. D. de action. empt.* Addunt interpretes,vt dubitandi rationem augeant,Vſufructuarium non poſſe alium fructuarium conſtituere *§. finitur Inſtit. de vſufru. l. ſi vſusfructus 66. ff. de iur. dot.* Cur ergo magis licebit ſuperficiario,vt alium ſuperficiarium conſtituat?Præſertim cùm ſi interpretibus credimus, ſuperficiarius quaſi vſumfructum in ſuperficie habere intelligatur.Sic enim illi intelligunt quod ſcriptum eſt *in d. l.1. §. quia autem*, Superficiei quaſi vſumfructum & vſum quendam eſſe poſſe, quam interpretationem nos ſuprà refutauimus. Obijciunt poſtremò noſtri poſt Bart. *ad d. §. quod autem*,Superficiariũ perſimilem eſſe emphyteutę quem priuatus conſtituerit:Emphyteutam autem poſſe quidem ius ſuum donare,& legare,at non tamen vendere domino irrequiſito. Ex Iuſtiniani conſtitutio-

Digitized by Google

ne *in l.vlt.* vbi Gloſ.& alij *C.de iur.emphyt.* Cur ergo magis licebit ſuperficiario, vt per ſuperficiei venditionem alium ſuperficiarium conſtituat? Tanti verò momẽti hæc poſtrema obiectio eſſe viſa eſt, vt ab ea incipiamus, vt non dubitauerit Bartolus admittere, intelligendum Vlpianum eſſe ex Iuſtiniani conſtitutione, vt ſuperficiarius donare quidem & legare ſuperficiem poſſit, at non etiam vendere, adeóque nec locare niſi eo modo quo ipſe habet ſicut emphyteuta, inquit, alium emphyteutam facit §.*adeò Inſtit.de locat.* niſi quod ſubinde diſtinguit Bartolus duplicem ſuperficiarium, Vnum qui emit ſuperficiem nec ad aliquam præſtationem tenetur, & iſte, inquit, poteſt cedere quocunque titulo vult, & ita vult intelligi Vlpianum, quem negare non poteſt in ea eſſe ſententia, vt admittat ſuperficiem quocunque titulo tradi poſſe à ſuperficiario. Alius verò eſt ſuperficiarius, inquit, qui ſuperficiem ſub certa annua præſtatione conduxit. Et in iſto putat idem omnino iuris eſſe quod in emphyteuta, vt eo demum caſu poſſit vendere vel alienare quo emphyteuta poteſt, ita vt lex Vlpiani per legem Iuſtiniani determinetur, maximè verò, inquit, ſi de eo tractemus, qui ab Eccleſia vel ſuperficiem conduxit, vel aliquid in emphyteuſim recepit. Tales enim nullo, inquit, titulo ius ſuum in alium transferre poſſunt irrequiſita Eccleſia *l.2. C.ne rei dominic.vel templor.* Ego illud primùm probare non poſſum, quod vult Bartolus, ſic intelligendum Vlpianum, vt ſuperficiarius donare quidem vel legare ſuperficiem poſſit, at vendere non poſſit. Generalia enim ſunt Vlpiani verba, & generalis ſententia, vt poſſit ſuperficiarius ius ſuum in alium transferre, ſiue tranſlatio per traditionem facienda ſit, vt euenit in contractibus, qui fiunt inter viuos, ſiue citra traditionem vt in legato, & donatione cauſa mortis, quemadmodum ſuperiore capite interpretati ſumus, idque omnino conſequens eſt verbis & ſententiæ edicti. Nam ex quo Prætor induxit, vt ſuperficiarius pleriſque caſibus vtilem in rem actionem habere poſſit, non tanquàm dominus, ſiue directus, ſiue vtilis, quomodo interpretes loquuntur, ſed quomodo loqui debuerunt, perinde acſi dominus, aut quaſi dominus eſſet, cœpit etiam ad officium eius pertinere, vt pactiones omnes à ſuperficiario factas dum ne contra legem contractus ſui, perinde tueatur, acſi à domino ipſo factæ eſſent, nec minùs eius qui cum ſuperficiario quoquomodo contraxit, aut qui ab eo ius habet quocunque titulo, quàm ipſius ſuperficiarij perſonam intueatur, vt non obſcurè ratiocinatur Vlpianus *in dict. §. quia autem*, & Paulus *in l.tutor 16. §. vltim. D. de pignorat. act.* nec valdè diſſimiliter Marcianus *in l. ſi legatum 4. D. quib. mod. vſusfruct. amitt.* Fit enim hoc non tam in fauorem poſterioris ſuperficiarij quàm in vtilitatem prioris, qui vtique ita poſito iure per Prætorem, faciliùs inuenturus eſt cum quibus ad commodum ſuum contrahat quàm ſi ius ſuum in alium transferre prohiberetur: itémque in conſequentiam illius noui iuris quod Prætor pro ſuperficiario induxit, cui non potuit ſanè vtilem actionem polliceri, quin eum quaſi domini loco haberi voluerit, quo admiſſo neceſſe eſt vt quæcunque ab eo bona fide geruntur nec reluctante lege locationis perinde habeat, acſi à domino geſta eſſent, hac ſola differentia quod vtiles in eam rem actiones accommodet, ceſſantibus directis quæ competerent ſi ſuperficiarius legitimum ius haberet. Nec quemadmodum cauſæ cognitionem adhibet Prætor ad hoc vt a-

ctionem

Digitized by Google

ctionem vtilem in rem det primo ſuperficiario, ſiue contra dominum ipſum, ſiue contra extraneum, ita cauſæ cognitio vlla neceſſaria eſt, vt ſuperficiario ſecundo & ijs qui cum primo contraxerunt ſubueniatur, niſi illa ipſa quam pro primo ſuperficiario adhiberi oporteret ſi agere ipſe vellet. Semper enim illud inſpiciendum eſt, an conductio facta ſit ad longum tempus necne, ſiue primus ſuperficiarius agere velit, ſiue alius quiſquis ab eo cauſam habet, aliud verò præterea nihil niſi vt ne quid, ſiue à priore, ſiue à poſteriore ſuperficiario contra legem locationis fiat *l. 1. §. vltim. D. de loco public. fruend.* Neque debet poſteriori nocere, quod cum eo contrahens quem ſuperficiarium ſciuit, videatur prudens & ſciens contraxiſſe cum non domino, atque ita malam fidem habere. Quid enim poſſis ei imputare qui cum eo contraxit quem ſciuit à Prætore haberi loco domini quantum ad ſuperficiem, vt ea omnia facere poſſit tuitione prætoria, quæ ſi eſſet dominus facere ipſo iure poſſet? An non ſub authoritate iuris prætorij deciperetur hic qui ſi edictum Prætoris non vidiſſet, nunquam cum ſuperficiario fuerat contracturus? nec rurſum quod ciuili actione ſubnixus ſit aduerſus primum ſuperficiarium cum quo contraxit, nocere ei debet quominùs ipſius ſuperficiarij iure vti poſſit ad proprium ius tuendum, ſicuti nec priori ſuperficiario ob id minùs ſuccurrendum putauit prætor, quod habebat ille ſuo iure ciuilem actionem contra ſoli dominum qui ſuperficiem conſtituiſſet *dict. l. 1. §. 1. D. de ſuperfic.* Præſertim cùm prioris ſuperficiarij interſit quàm maximè vt ſuperficiarium ſecundum poſſit conſtituere qui ius habeat apud Prætorem ea omnia faciendi quæ primus poſſet. Neque enim ciuilis actio tollit aut impedit prætoriam, niſi cùm prætoria eiuſdem tantùm non etiam maioris eſſet vtilitatis vt *in l. 1. D. de Publician. in rem act.* Atqui valdè intereſt ſecundi ſuperficiarij, vt eaſdem vtiles in rem actiones habeat quas primus haberet, idémque interdictum De ſuperficiebus, niſi quod priori ſuperficiario interdictum competit directum, Poſteriori verò vtile *dict. l. 1. in fin. De ſuperfic.* cùm interſit cuiuſlibet in rem potiùs, quàm in perſonam experiri *d. l. 1. §. 1.*

ERROR OCTAVVS.

Si ſuperficiarius qui ad longum tempus conduxit malit agere interdicto.

QVA etiam ratione ſoleo improbare, quod quaſi à Bart. ſcriptum *ad d. l. 1. §. quod ait Prætor num.* 4. Menochius probat *remed. 4. ret. in. poſſ. num.* 35. Ei qui ſuperficiem ad longum tempus conduxit, non eſſe concedendum interdictum De ſuperficiebus, propterea quod actionem in rem habere vtilem poſſit propter ius quod in re habet. Quid enim ei obſtare debet quòd vtilem actionem habeat, quominus poſſit etiam habere interdictum? An non ſemper commodius eſt agere interdicto, quàm vtili in rem actione? vel ob id potiſſimùm, quòd actio illa vtilis non niſi cauſa cognita, Interdictum verò etiam cauſa non cognita promittatur? Item quod

Digitized by Google

actio illa in rem vtilis haud dubiè tituli allegationem & probationem exigat, cùm ad exemplum vindicationis concedatur, ſiue illam ſuperficiarius contra dominum exercere velit, ſiue contra tertium, at interdictum ſola poſſeſſionis allegatione & probatione contentum ſit *d. l. 1. §. proponitur*, vbi ait Vlp. Prętorem tueri hunc qui ſuperficiem petit, veluti interdicto *Vti poſsidetis*; neque exigere ab eo quam cauſam poſſidendi habeat, ſed hoc vnum duntaxat requirere ne fortè vi aut clam, aut precariò ab aduerſario poſſideat. Neque verò Bartolus aliter ſentit *dict. num.* 4. vbi tantùm ait, Eum qui conduxit ſuperficiem ad longum tempus habere vtilem in rem actionem, quod etiam lex ait. Sed non negat, vt neque Vlpianus ipſe dandum etiam illi eſſe interdictum, ne cui plus damus, denegemus quod eſt minus. Plus ſiquidem eſt habere in rem actionem vtilem, adeóque difficilius quàm habere interdictum. Et tamen interdicti vſus plerumque commodior eſt, ob eámque cauſam multò minùs denegandus ei qui vel in perpetuum, vel ad non modicum tempus ſuperficiem cōduxit: Alioqui melioris hac parte condicionis eſſet qui ad modicum tempus conduxiſſet. Ac quemadmodum non aliter actionem vtilem in rem De ſuperficie dat Prætor quàm cauſa priùs cognita, ita neque interdictum daretur niſi præcedente cauſæ cognitione: cauſæ autem cognitio quæ poſtulata in rem actione in eo maximè verſatur vt conductori deneganda ſit, ſi ad modicum tempus conduxerit, tota è contrario in eo verſaretur poſtulato interdicto, vt ei qui in perpetuum, aut ſaltem ad longū tempus conduxiſſet, interdictum denegari oporteret: quæ omnia non ſolùm à verbis edicti, ſed etiam à iuris prætorij ratione & æquitate prorſus aliena ſunt.

ERROR NONVS.

Vtrum ſuperficiarius agens probare debeat cauſam iuſtam ſuæ poſſeſsionis.

ILLA ſanè diſtinctio placet Bartolo, cùm quæritur, vtrū ſuperficiarius probare debeat cauſam iuſtā ſuæ poſſeſſionis necne? An ſuperficiarius contra dominum ſoli agat an contra tertium? Vt priore caſu debeat probare cauſam ſuę poſſeſſionis, quia cōtra ſe habeat præſumptionem quæ in dubio facit pro domino ſoli cui ſuperficies naturaliter cohæret *l. obligationum ferè 44. §. placet in fin. D. de oblig. & act.* Poſteriore verò non item. Eámque diſtinctionem probari putat Bart. ex verbis *dict. l. 1. in princip. & §. proponitur*. Nam quod legis initio ſcriptum eſt, *Vti ex lege conductionis ſuperficie, qua de agitur nec vi, nec clam, nec precariò alter ab altero fruimini, quominùs fruamini vim fieri veto*, refert Bartolus ad eum caſum quo interdictum aduersùs ipſum ſoli dominum petatur à ſuperficiario. Et hoc rectè, niſi quod idem admittendum puto, etiamſi non contra dominum agatur, ſed contra eum tamen qui quaſi dominus cùm non eſſet, vendiderit ſuperficiem vel locauerit. Nihil enim refert an dominus ſoli fuerit necne is qui cōuenitur interdicto, ſi modò contraxerit cum eo, qui ſe ſuperficiarium dicit. Quod autem ſcriptum eſt in *d. §. proponitur*, Prætorem tueri eum qui ſuperficiem petit veluti interdicto Vti poſſidetis, nec ab eo exigere quam poſſidēdi cauſam habeat, refert Bart. ad eum caſum quo petatur interdictum aduersùs ex-

Digitized by Google

ſus extraneum,& tertium poſſeſſorem. Sed hoc malè: Tractat enim Vlpianus in *eo §.* de illo ipſo interdicto, de quo verba edicti retulerat initio legis, nec alium caſum quàm illum ipſum qui verbis edicti continetur. Et ideò poſteaquàm dixit Prætorem non exigere à ſuperficiario, quam poſſidendi cauſam habeat, ſubiungit, *vnum tantùm requirit num fortè vi aut clam, aut precario ab aduerſario poſſideat.* Vbinam verò gentium id Prætor requirit niſi iis ipſis edicti verbis, quæ nos retulimus, *nec vi nec clam nec precario alter ab altero fruemini.* Vnus ergo tantùm caſus eſt ad quem & totum edictum & tota edicti interpretatio aptari poſſit, ille nimirum quo ſuperficiarius contra dominum ſoli aut alium à quo tanquam à domino ſuperficiem, vel emit, vel conduxit, interdicto experiatur. Eſt enim perſonale interdictum vt ex verbis edicti apparet, ſicut & cætera ferè omnia interdicta *l.1.§.penult.D.de interd.* nec proinde datur contra tertium poſſeſſorem, cui ſcilicet non poſſunt conuenire verba illa edicti *alter ab altero fruimini.* Ob ídque nimirum non fuit Prætor contentus interdictum edicto proponere, ſed addidit etiam actionem vtilẽ in rem, quæ licet contra ipſum quoque ſoli dominum detur, exemplo illius quæ de fundo vectigali propoſita eſt, tamen præcipuè contra tertium poſſeſſorem promittenda, & comparanda fuit *arg.l.1.in fin.D.ſi ager vectig.* tanquam quæ minùs neceſſaria eſſet contra ſoli dominum, quem ſatis eſſe poterat teneri & perſonali actione, ex ſuo contractu, & interdicto. Cæterùm in vtroque errat Bartolus, & in eo quod præſupponens dari interdictum etiam contra tertium, vult non teneri eum probare titulum ſuæ poſſeſſionis, & in eo quod vult cogi eum docere de cauſa & iure ſuæ poſſeſſionis ſi contra eum ipſum agat, à quo ſuperficies conſtituta eſt. Neutrum enim verum eſt, ac ſuppoſito etiam eo quod nos negamus, vt interdictum hoc ſuperficiario competat, aduerſus alium, quàm aduerſus eum qui ſuperficiem conſtituit, illud tamen ſemper verum eſſet non aliter futurum vt competeret, quàm ſi ſuperficiarium ſe probaret, id eſt venditam ſibi ſuperficiem, vel locatam, ſiquidem non alij quàm ſuperficiario Prætor interdictum pollicetur, ſuperficiario, inquam, id eſt ei qui ſuperficiem ſiue à domino, ſiue ab eo quem dominum ſoli putabat, vel emerit, vel conduxerit. Probanda igitur neceſſariò qualitas illa eſt, quoniam quiſquis ſiue actione, ſiue interdicto experitur tãquam talis, ante omnia talem ſe probare debet, Quod ipſum nihil aliud erit, quàm probari ab illo titulum ſuæ poſſeſſionis. Planè non illud etiam ab eo Prætor exiget, vt probet ſuperficiem iure conſtitutam eſſe, hoc eſt ab eo qui ius habuerit conſtituendi, ſeu quod idem eſt, qui dominus fuerit ſoli. Id enim eſſet non titulum, ſed cauſam, & ius poſſeſſionis ab eo exigere, quod fieri non debet, cùm regulariter in interdictis ſi pauca excipias, non de iure quæratur ſed de ſola poſſeſſione. Sufficit autem prætori ſuperficiem quoquomodo conſtitutam eſſe vt det interdictum De ſuperficiebus aduerſus eum qui ſuperficiem ipſe conſtituit quaſi dominus, ſiue fuerit dominus, ſiue non. Sicut & in interdicto Saluiano, itémque de migrando, contentus eſt Prętor pactione pignoris ad illatas res obligandas, quamuis dominus non fuerit is qui conuenit de pignore *l.1.§.pen. D. de migrand. §. interdictum quoque Inſt.de interd.* Eadem igitur ratio facit, vt ſi ſuperficiarius experiatur interdicto contra extraneum & tertium poſſeſſorem, perinde cogendus ſit vt probet ſe ſuperficiarium, in eámque rem proferat inſtrumentum emptionis, aut locationis, vel ob hoc ipſum vt ſciatur an ex lege locationis, vel

Digitized by Google

emptionis frui debeat ſuperficiarius ad eum modum, quem comprehendi vult interdicto. Sed non eo magis tamen cogetur docere de iure ſuo, id eſt quòd ſuperficiei conſtituendæ ius habuerit is qui tanquam dominus vel vendidit ſuperficiem,vel locauit. Habet enim ea res implicitam quæſtionem dominij, de quo tum demum quæri oportet,cùm vtilis in rem actio de ſuperficie,non cùm hoc interdictum exercetur.

ERROR DECIMVS.

De cauſæ cognitione aliter atque aliter adhibenda in actione & in interdicto De ſuperficiebus.

ATQVE ita accipiendum eſt, quod ſuprà diximus, actionem illam vtilem in rem non dari à Prætore niſi cauſa cognita, Vt nimirum cauſæ cognitio nõ in hoc tantùm adhibeatur, an ad longum tempus,an ad modicum facta conductio ſit, vt vulgò creditur, ſed in hoc etiam vtrum ſuperficiem quis habeat à domino,an à non domino, vt ſi à domino,non ſit ei deneganda in rem vtilis,ſecus verò ſi à non domino, quo tamen caſu perinde competit interdictum, atque ſi à domino facta eſſet venditio, vel locatio,dummodò de venditione,aut locatione conſtet, quia in interdicto nõ de alio quæritur,niſi an vi,aut clam,aut precariò poſſederit, is qui interdictũ impetrauit,& an ex forma locationis,an contra eam aliquid poſtuletur, nec minùs ſi contra ſoli dominum, quàm ſi contra extraneum aliquem petatur interdictum. Itaque non illa diſtinctio adhibenda eſt, quam adhibet Bart. an contra dominum ſoli,an contra tertium poſſeſſorem interdicto quis experiatur,vt vno caſu magis minúſve quàm alio probatione oneretur,ſed illa potius An interdicto experiri malit,an vtili in rem actione. Quæ & in eo maximè differt ab interdicto,quòd quiſquis agit hoc interdicto dicit ſe poſſeſſorem,non minùs quàm qui interdicto Vti poſſidetis, ſiquidem vtrumq; interdictum duplex eſt tam quod prætoris edicto De ſuperficie, quàm quod ex illa edicti parte *Vti poſſidetis* proponitur,vt ſcilicet vterque litigator in vtroque interdicto & actor,& reus exiſtimetur.*d.l.1.§.proponitur D.de ſuperfic.* Qui verò agit vtili in rem actione De ſuperficie, is aduerſarium vtique fatetur poſſeſſorem,ſicut euenit in aliis omnibus,ſiue directis, ſiue vtilibus in rẽ actionibus:vt ex hoc quoque facile ſit videre quàm commodius ſit experiri hoc interdicto quàm actione in rem vtili *l.is qui deſtinauit* 24. *D. de rei vindic.§.commodum Inſt.de interd.* Illud quoque obſeruatione non indignum eſt, eam diſtinctionem quam diximus ſolere adhiberi à Prætore in concedenda de ſuperficie vtili in rem actione, An conductio ſuperficiei ad modicũ tempus,an ad longum facta ſit,non ſimiliter aptari poſſe ad eum caſum,quo ſuperficies vendita ſit non locata. Nec enim venditio fieri ſolet ad tempus, quoties id agitur vt per venditionem transferatur dominium, quod ex temporali cauſa transferri nunquam ſolet. Quamquam autem ſuperficiei dominium ſuperficiario acquiri non magis per venditionem quàm per locationem poteſt,obſtante natura rei quæ non patitur, vt ſiue per traditionem, ſiue per vſucapionem dominium ſuperficiei ſine dominio ſoli acquiratur *l.nunquam* 26. *D. de vſucap. l. obligationum ferè* 44. *§. placet in fin. D. de oblig. & act.*

Digitized by Google

ſtā. Vt tamen actio in rem vtilis de ſuperficie competat, ſic initum venditionis contractum eſſe oportet, vt quia id genus contractus per ſe habile eſt ad transferendum dominium interueniente traditione ſi ea per dominum facta ſit, potuerit ex ea venditione transferri dominium ni condicio & natura rei venditæ obſtitiſſet. Ex venditione porrò rei quantumlibet alienabilis non aliter transferri dominium poſſet, quàm ſi emptio in perpetuum, non ad tempus facta proponeretur. Qua de cauſa mirari etiam quis non immeritò poſſit, cur ergo detur vtilis actio in rem ſuperficiario qui ſuperficiem conduxit ad longum tempus, cùm nemo neſciat, ex locatione quanticumque temporis dominium transferri nullomodo poſſe, nec ſi locatio facta ſit à domino, niſi diſtinctionem illam dominij directi & vtilis admittas, quam nos tam ſæpe iam exploſimus. Sed reſpondendum eſt inductum id eſſe exemplo actionis quæ de vectigali fundo proponitur, quam placuit ei dari qui fundum vectigalem à municipibus conduxerit, at non etiam, quod magis mirêre, ei qui emerit. Hoc ipſum verò cur ita? Nempe, quia ex venditione fundi vectigalis, quam adminiſtrator municipum feciſſet, dominium quiritiarium fundi transferretur, nec actione vlla De vectigali fundo indigeret is qui tanquam verus dominus directam fundi vindicationem habere poſſet, Vt proinde non poſſit locus fieri quæſtioni De fundo vectigali, aut de actione eo nomine comparata, niſi cùm vectigalis fundus locatus eſt, non venditus. Nec enim quicquam eſt quod impediat, vt in venditione ſuperficiei, quominus dominium fundi vectigalis ex venditione in accipientem transferatur.

ANTONII FABRI I.C. SEBVSIANI SENATORIS SABAVDIENSIS, ET IN GEBENNENSIS DVCATVS AVDITORIO PRÆSIDIS,

DE ERROR. PRAGMAT. ET INTERPR. IVR.

DECAS LXV.

ERROR PRIMVS.

De vſufructu conſtituto in fundo vectigali, vel ſuperficiario, vel fructuario.

DILVENDA ſupereſt illa obiectio, quam proxima Decade diximus fieri ab interpretibus noſtris cùm tractant de ſecundo ſuperficiario per primum conſtituto: Id enim ne poſſint facilè ſibi

Digitized by Google

perſuadere, mouentur ex eo quod iure ciuili ſic comparatum vident, vt vſufructuarius fructuarium conſtituere non poſſit *l. ſi vſusfructus* 66. *D. de iur. dot. §. finitur Inſt. de vſufr.* Accurſius diuerſitatis rationem illam attulit, quod vſusfructus obtineat inſtar dominij, *l. vſusfructus* 4. *D. de vſufr. l. cùm filius* 76. *§. dominus de legat.* 2. fieri autem nequeat vt eiuſdem rei plures domini in ſolidum eſſe poſſint *vulg. l. ſi vt certo* 5. *§. ſi duobus vehiculum D. commod. l. de hereditate* 19. *§. pater D. de caſtrenſ. pecul.* Sed Bartolus improbat, quoniam, inquit, & per contractum ſuperficiarium vtile dominium transfertur, cùm ſuperficiarius tanquam dominus vtilis (ſic enim loquuntur omnes & ratiocinantur) vtilem habeat in rem actionem. Et tamen ſuperficiarij plures eſſe poſſunt ſi Accurſio credimus, *ad l. 1. in princ. D. de ſuperfic.* vbi faciens interpretationem verborum edicti notat poſſe locum eſſe edicto non tantùm ſi inter ſoli dominum & ſuperficiarium proponatur interdictum, ſed etſi inter plures ſuperficiarijs, quaſi & ijs optimè poſſint conuenire verba illa Prætoris *alter ab altero fruimini*. Bartolus verò aliam adfert rationem, quòd vſusfructus perſonæ cohæreat, nec ab ea ſeparari vllomodo poſſit, indéque fiat vt ſi ego & Titius vſumfructum ſtipulemur, non poſſimus conſtitui duo rei ſtipulandi, quia in ſingulorum perſonis proprius intelligitur *l. ſi id quod* 15. *ff. de duob. reu.* Non malè. Cùm enim quærimus de vſufructu quem vſufructuarius conſtituerit, non de illo dubitamus, An poſſit ea conſtitutio vſusfructus ſecunda ſic fieri, vt ambo fructuarij habeant vſumfructum, quod certum eſt fieri nullomodo poſſe, ſed de hoc ipſo quærimus, An vſusfructus qui penes priorem fructuarium fuit, ſic ab eo poſſit abſcedere, vt in alium transferatur, quod ne per venditionem fieri poſſit, illa tantùm ratio impedit quòd vſusfructus ſit merè perſonalis, aliúſque futurus ſit qui in ſecundi fructuarij, alius verò qui in primi perſona fuerit conſtitutus. Nemo autem in alium transferre poſſit vſumfructum quem ipſe non habeat, niſi eo ſenſu quo idipſum contrà ſcriptum eſt *in l. quod neſtrum* 63. *D. de vſufruct.* Eſt enim aptior illa ratio amittendi vſusfructus quàm conſtituendi, dummodò cedatur proprietario *dict. l. ſi vſusfructus* 66. *D. de iur. dot.* Cæterùm ita vendi vſumfructum vt fruatur emptor non ex perſona ſua tanquàm ſit ipſe fructuarius, ſed ex perſona fructuarij, nihil prohibet, ſiquidem fructuarius manet is qui fruitur precio quod ex venditione redegit, tum quoque cùm emptor non fruitur re vendita *l. arboribus* 12. *§. vſusfructuarius l. non vtitur* 38. *cum l. ſeq. D. de vſufruct.* Soláque ceſſio illa eſt, quæ facere poſſet, vt ceſſus vſusfructus alius in perſona vſufructuarij eſſe videretur, quia non poſſet videri vſumfructum retinere qui ipſe ceſſiſſet. At cùm ſuperficiarius ſuperficiarium conſtituit, alius quidem contractus eſt, ſed tamen ſuperficies eadem, licèt per plurium perſonas ambulet, quia non perſonale quiddam eſt ſed reale, verior tamen ratio propter quam fructuarius fructuarium conſtituere nequeat non alia quærenda eſt quàm quia ſeruitutis ſeruitus eſſe numquam poteſt *l. 1. D. de vſufr. leg.* Vſumfructum autem ſeruitutem eſſe & quidem perſonalem nemo neſcit. Nec tamen illa Accurſij ſententia & interpretatio recipi poteſt, quam adfert inter cæteras *ad dict. l. 1. D. de ſuperfic.* vt eiuſdem ſuperficiei plures ſuperficiarij eſſe poſſint, quaſi ſenſus ille ſit edicti prætoris in illis verbis *alter ab altero fruimini.* Etſi enim admittimus poſſe à ſuperficiario quoque conſtitui ſuperficiarium, putà ſi prior ſuperficiarius vendat alij ſuperficiem, non tamen illud æquè admitti poteſt, eiuſdem rei plures

plures eodem tempore eſſe poſſe ſuperficiarios, non magis quàm plures vſufructuarios, ſiue quòd ſuperficies non minùs quàm vſusfructus dominij inſtar habeat, cùm emolumentum rei penè totum contineat *arg. l. Mæuius 66. §. fundo de legat. 2.* iuncta *dicta leg. cùm filius 76. §. dominus eod.* Siue quòd ſuperficiarius non ille dicatur cui ſuperficies aliquando fuit conſtituta, ſed is demum qui ſuperficiem nunc habet *l. in ſpeciali 73. §. 1. & leg. ſequen. D. de rei vindicat.* quam porrò plures eodem tempore non faciliùs habere poſſunt, quàm plures eandem rem poſſidere *l. 3. §. ex contrario D. de acquir. poſſeſſ. l. duo in ſolidum 19. D. de precar.* Sicut nec illud quoque probabile eſt quod idem Accurſius noſter ſupradicta edicti verba ſic intelligit, quaſi poſſit vnus vti ſuperficie reſpectu vſusfructus, Alius verò reſpectu vſus, aut quaſi plures ſint, quorum quilibet habeat ſuperficiem pro parte pro indiuiſo, quæ alia ad eum locum interpretatio eſt, ſed Prætoris haud dubiè ſenſus ille eſt, vt ſi de ſuperficie contentio ſit inter dominum, & ſuperficiarium, prohibeat Prætor ne vis fiat quominus alter ab altero ſic fruatur, quomodo anteà fruitus eſt non vi, non clàm, non precariò. Quid? Nónne & inter ſuperficiarios interdictum dari poteſt? Vtique, perinde atque cùm inter dominum & ſuperficiarium contenditur. Finge de ſuperficie diſceptari inter priorem ſuperficiarium, & eum cui poſteà is ſuperficiem eandem vendiderit, Contendente vtroque ſe ſuperficiem poſſidere: At non ideò tamen plures erunt ſuperficiarij, ſed plures qui ſe dicent ſuperficiarios, nec minùs ad hunc caſum verba edicti aptabuntur, quàm ſi de ſuperficie inter ſuperficiarium, & dominum ipſum contenderetur. Enimuerò is ſolus erit ſuperficiarius qui ſe ſuperficiem habere probabit, non qui habuiſſe. Numquam autem eueniet vt plures eodem tempore ſuperficiem eandem habere, vel poſſint, vel videantur: nec vt ſint plures ſuperficiarij, quoties vna tantùm eſt ſuperficies. An non verò etiam in fundo ſuperficiario conſtitui vſusfructus poteſt? Equidem, ſicut & in fundo vectigali. At ita, vt neutro caſu valeat conſtitutio ipſo iure, ſed tantùm tuitione prætoria, inquit Vlpianus *in l. 1. in princip. D. quib. mod. vſusfr. amitt.* nempe quia cùm vſusfructus ſit ſeruitus, non ab alio vtique conſtitui poteſt quàm ab eo qui ſit dominus prædij de cuius vſufructu tractatur: Quiſquis autem fundum vectigalem habet aut ſuperficiarium, is dominium eius fundi non habet, vt docuimus in præcedentibus. Ergo neque ius conſtituendi vſumfructum, ſed tamen quoniam vterque domini loco eſt, apud Prætorem præſertim qui etiam ſuperficiario dat vtilem in rem actionem, illud etiam fieri neceſſe eſt, vt Prętor conſtitutionem vſusfructus, ſiue ab hoc, ſiue ab illo conſtitutus ſit, tueatur, haud ſecus quàm ſi à domino conſtitutus eſſet.

ERROR SECVNDVS.

De ſententia & emendatione l. 1. D. quib. mod. vſusfr. amit.

VNDE illud etiam fit, quod ſcribit Vlpianus *in d. l. 1. D. quib. mod. vſusfr. amitt.* Cùm quæritur, an vſusfructus capitis minutione amittatur, nec tantùm vſus fructus, ſed etiam actio de vſufructu, parum referre v-

trum iure ſit conſtitutus vſusfructus, an tuitione prætoris. Subindéque proponens exempla vſusfructus, non iure,ſed tuitione prætoria conſtituti, ſubiungit *Proinde traditus quoque vſusfructus, item in fundo vectigali vel ſuperficiario non iure conſtitutus capitis minutione amittitur.* In quibus tamen verbis illud explicatu difficile eſt, quod habent de tradito vſufructu. Quaſi verò non ipſo iure, ſed Prætoris tantùm tuitione conſtituatur vſusfructus qui per traditionem conſtituitur. Nam de vſufructu qui iure ipſo conſtitutus ſit, quid attinebat exempla dare cùm paſſim occurrant? Quænam verò aut frequentiora, aut aptiora, quàm de vſufructu conſtituto per traditionem ex cauſa venditionis,fortaſſe aut alterius huiuſmodi contractus, qui iure ciuili ſit adprobatus? Sic enim ea verba Accurſius noſter interpretatur. Tradi porrò vſusfructus intelligitur,cùm inducitur fructuarius in fundi poſſeſſionem,cúmve patitur proprietarius vtifrui *l. 3. in princip. D. de vſufr.* Etſi autem legati ius proprium illud eſt, vt acquiratur legatario ſine traditione *l. 1. D. de public. in rem act. l. legatum 80. de leg. 2. l. à Titio 64. in fin. D. de furt.* vſusfructus tamen etiam legatus non niſi per ſupradictam traditionis ſpeciem legatario acquiri poteſt, quia ſcilicet facto aliquo heredis, ſicut & cuiuſlibet proprietarij opus eſt ad conſtituendum vſumfructum qui non niſi per ſeparationem conſtituitur, *l. vſusfructus pluribus modis 6. & l. ſequen. D. de vſufruct.* quíque numquam fuit teſtatoris, cùm nemini res ſua ſeruiat *l. quod noſtrum 63. eod.* vt proinde non poſſit à teſtatore recta via tranſire in legatarium, quomodo de alijs legatis ſcriptum eſt *in dict. l. à Titio & dict. l. legatum*, ſed & quod ſequitur apud Vlpianum *Item in fundo vectigali vel ſuperficiario non iure conſtitutus* oſtendit manifeſtè non de alio vſufructu tractari eo loco quàm de illo qui non iure conſtitutus ſit, quod & dictio *proinde* demonſtrat, & articulus *quoque* ſi retineatur,eandem proculdubio ſuadet interpretationem. Illatio námque illa eſt, ex eo quod proximè dictum fuerat, parui referre ad amittendum capitis minutione vſumfructum, an ipſo iure conſtitutus ſit vſusfructus, an prætoris tuitione? Quis enim dubitaret amitti capitis minutione vſumfructum qui iure conſtitutus eſſet? Aut quis, obſecro vſusfructus, ſiue capitis minutione, ſiue quo alio modo amittetur, ſi non ille, qui iure conſtitutus eſt, amittitur? At de vſufructu non iure conſtituto dubitari eleganter poterat, cùm amitti non poſſe videatur, qui nec vllus eſſe intelligitur *vt in §. 1. dict. l. 1.* niſi ratio illa contrarium ſuaderet, quòd abſurdum ſit, ob id amitti difficilius vſumfructum, quia ſit infirmior, nullóque iuris vinculo ſubnixus. Exemplo eius quod in ſpecie non diſſimili tractat Iulianus *in l. qui vſumfructum 3. D. ſi vſusfruct. petet.* Eum qui vſumfructum traditum ſibi ex cauſa fideicommiſſi deſijt in vſu habere tanto tempore quanto ſi legitimè eius factus eſſet amiſſurus eum fuerit, actionem ad reſtituendum eum habere non debere: quòd abſurdum ſit plus iuris eos habere qui poſſeſſionem duntaxat vſusfructus quàm qui dominium adepti ſunt. Quid ergo ſibi vult Vlpianus, cùm tractans de vſufructu non iure conſtituto, loquitur de vſufructu quoque tradito? Locus ſanè mendoſus apertè eſt, atque ita reſtituendus, ni fallor, vt pro *quoque* legamus *quomodocunque*, Nato, vt credibile eſt errore ex more ſcribendi contractiùs dictiones longiores qualis illa eſt *quomodocūque*, quam tamen non poſſis contractiùs ſcribere, quàm ſi duas tantùm ſyllabas primam ac poſtremam retineas, pro cæteris ſuperlineam inducas in hunc modum *quōque*. Senſus autem

tem erit, Amitti capitis diminutione traditum quoquomodo vſumfructum, id eſt, ex quacunque cauſa traditus ſit, ſiue ex ea quæ ſit iuſta & legitima, iuri ſcilicet ac legibus cognita, quo caſu non dubitatur quin vſusfructus & iure conſtitutus ſit, & non vtendo amittatur, ſiue ex cauſa illegitima nec iure adprobata, fortè ex cauſa fideicommiſſi, vt in ſpecie *dict. l. 3. D. ſi vſusfruct. pet. & l. ſi legatum 4. D. quib. mod. vſusfruct. amitt.* vbi tractans æquè Marcianus de vſufructu legato quidem, ſed quem legatarius alij reſtituere rogatus ſit, Ait Prætorem id agere debere, vt ex fideicommiſſarij perſona magis quàm ex legatarij vſusfructus pereat: Nimirum quia ſicuti legatus vſusfructus iure conſtitutus dicitur, ita qui à legatario per fideicommiſſum relictus eſt alteri non aliud quàm Prætoris auxilium habere poteſt, cùm fideicommiſſa omnia iuris viribus deſtituta non niſi ex Prætoris fideicommiſſarij iuriſdictione conſeruentur, & conſequenter inſpecto ſummo iure deberet hic vſusfructus perire, ſiue morte, ſiue capitis diminutione, ſiue non vtendo ex perſona legatarij, non ex perſona fideicommiſſarij, ſi non ad officium Prætoris pertineret vt quemadmodum potiorem facit cauſam fideicommiſſarij quàm legatarij, ita & fideicommiſſarij potiùs quàm legatarij perſonam inſpici iuberet. Cur verò traditionis meminit Vlpianus *in dict. l. 1. D. quib. mod. vſusfruct. amitt.* An quia non poſſit vſusfructus iure conſtitui traditione interueniente? Atqui iam diximus Teſtamento quidem iure legati poſſe vſumfructum conſtitui, aut extra teſtamentum pactionibus id & ſtipulationibus fieri debere, vt ſcriptum eſt *in dict. l. 3. in princip. D. de vſufruct.* Sed tamen ijs quoque caſibus neceſſariam eſſe traditionem, ad habendum etiam ex cauſa legati vſumfructum, multò magis ſi pactio tantùm & ſtipulatio interuenerint, quæ minoris ſunt poteſtatis *dict. l. 1. D. de publician.* Sed de tradito vſufructu loquitur Vlpianus, non ſolùm, quia ſine traditione non poſſit vſusfructus vllus conſtitui iure prætorio, quod de vſufructu qui iure ciuili conſtitus ſit, æquè dici poteſt, ſed ob id maximè quòd cùm vſusfructus tuitione prætoria conſtituitur, illud tantùm requirimus, vt traditus ſit, nec illud prætereà inquirimus, qua ex cauſa traditio facta fuerit, id eſt, an ex iuſta & legitima, an ex illegitima. Cauſam quidem aliquam ſubeſſe oportet, vt eiuſmodi conſtitutio vſusfructus tuitionem Prætoris mereatur, nec enim ſolet Prætor aut debet eam rem tueri quam ſine cauſa factam videat, ne tum quidem, cùm res illa talis eſt quæ iure ipſo ſubſiſtat *l. 2. §. circa D. de doli mali except. l. iuriſgentium 7. §. ſed cùm nulla ff. de pact.* Sed qualiſcumque cauſa ſufficit, quæ modò non ſit æquitate deſtituta, licèt vinculo iuris deſtituatur. Itaque non tantùm ex cauſa fideicommiſſi poterit vſusfructus conſtitui iure prætorio, vt *in d. l. 4. eod. tit. d. l. 3. ff. ſi vſusfr. petet.* ſed etiam ex alijs omnibus cauſis ex quibus ſolet Prætor facere vt in bonis alicuius id fiat quod alioqui ſit alienum, vt *in l. 2. §. vlt. ff. ſi ex noxal. cauſ. agat.* Et ideò vel ob hoc ipſum neceſſaria traditio eſt ad vſumfructum iure quoque prætorio conſtituendum, quia nec patitur vnquam Prætor vt ſine traditione dominium bonitarium cuiquam acquiratur, quemadmodum in præcedentibus docuimus. Sufficit igitur traditum eſſe quomodocunque & ex qualibet cauſa vſumfructum, vt tuitione prætoria conſtituatur, At non ſimiliter vt iure conſtitutus videri poſſit, tunc enim neceſſarium eſt, vt conſtituendi cauſa iuſta præcedat, puta venditionis, donationis, aut alia huiuſmodi.

Digitized by Google

ERROR TERTIVS.

De actione in rem quæ de fundo vectigali datur, quòd non ſit prætoria.

AN verò quia vſusfructus in fundo vectigali non magis conſtitui poteſt ſine tuitione prætoris, quàm in fundo ſuperficiario, conſequens erit vt actio in rem quæ de fundo vectigali datur, perinde ſit prætoria, atque ea quæ datur de ſuperficie? Minimè verò: Ratio enim publicæ vtilitatis ſuaſit, vt de fundo vectigali actio iure ciuili aliqua proponeretur, Ne alioqui non facilè inuenirentur qui fundos vectigales à republica conducere vellent, quemadmodum diximus in ſuperioribus. Non ſimiliter, vt de fundis ſuperficiariis, tanquam quorum ius non tam ad publicam, quàm ad priuatam ſingulorum vtilitatem pertineat. Neque tamen æquè potuit ea ratio facere vt vſusfructus conſtitutio à vectigalis fundi poſſeſſore facta valeret ipſo iure, cùm neque à domino facta eſſet, neque validitas eius ad vtilitatem publicam, ſed ad poſſeſſoris & fructuarij commodum pertineret. Et ſanè credibile eſt ſi qua vlla edicti parte Prætor actionem de fundo vectigali propoſuiſſet, fuiſſe illũ tũm maximè propoſiturũ, cùm interdixit De loco publico fruendo, ſicut & actioné in rẽ De ſuperficie propoſuit cùm interdixit De ſuperficieb. Interdictũ enim illud De loco publico fruẽdo cõſtat propoſitũ eſſe publicæ vtilitatis cauſa ad tuenda vectigalia publica dũ prohibetur quis vim facere ei qui publicũ vectigal fruendũ conduxit locáq; illa publica in quib. vectigaliũ exactio & ſolutio fieri ſolet, vt Iacob. Cuiac. *in paratitlis ad titulũ illũ De loco publico fruẽdo* interpretatur. Etſi verò aliud eſt de vectigalib. publicis, aliud verò de fundis vectigalibus diſputare, aliud de publicanis vectigalium publicorũ conductoribus, aliud de prædiorum vectigalium poſſeſſoribus, qui vtiq; nõ ſunt publicani, vtrumque tamen hoc genus contractuum, & perſonarum, ad publicam vtilitatem æquè ſpectat, ex qua parte augent reditum reipublicæ, vnde & agri publici appellantur, qui ſunt vectigales *l. eotem* 11. *§.* 1. *D. de public. & vectigal.* quamuis non ſimiliter poſſint dici loca publica. Proinde nihil alienum à propoſito ſuo feciſſet Prætor, ſi eodem edicto quo proponebat interdictum de loco publico fruendo, actionem quoque de vectigali fundo propoſuiſſet; feciſſétque haud dubiè ſi nulla iam antè alia propoſita fuiſſet: cuius tamen cùm nulla extent veſtigia in toto prætoris edicto, non poſſum videre cur actionem hanc prætoriam eſſe interpretes vulgò velint. Magíſque miror quod video Cuiacium *in paratitlis ad illum tit. Si ager vectig. id eſt emphyt. pet.* ita ſentire, ſibíque ac nobis fingere formulam edicti, quaſi propoſita ſit à Prætore his verbis, *ſi ager vectigalis petatur cauſa cognita iudicium dabo.* Quam formulam ſumpſit ille proculdubiò ex verbis edicti De ſuperficiebus, nec animaduertit cauſæ cognitionem, quam neceſſariam putauit Prætor in danda vtili in rem actione de ſuperficie, adhiberi non debere, cùm actio de vectigali fundo poſtulatur, quam certum eſt omnimodo omníque caſu cõpetere, dum ne contra formam locationis & conductionis poſtuletur: & ideò nimirum competere dicitur non dari *in d. l.* 1. *D. ſi ager vectig. pet.* Nec quod forma locationis ſeruanda ſit poteſt inducere neceſſitatem cognitionis interponendæ, Alioqui etiam de interdicto quod prætor propoſuit De ſuperficie-

perficiebus idem dici deberet, non dari illud niſi cauſa cognita, ſiquidem ipſa interdicti verba oſtendunt, non aliter dari quàm *vti ex lege locationis ſiue conductionis ſuperficie, qua de agitur, nec vi, nec clam, nec precariò alter ab altero fruitus eſt l.1.ſll.tit. De ſuperfic* Et tamen conſtat interdictum illud nullã cauſę cognitionẽ exigere, in eóq; differre ab vtili in rẽ actione. De ſuperficie quã eodem edicto propoſuit Prætor ideóque nec dari dicitur ſed competere, tum quoque cùm vtile tantùm eſt non directum *d.l.1.§.vlt.* Sicut nec interdictum de loco publico fruendo vllam cauſæ cognitionem exigit vt competat vel detur, quamuis non eo minùs exigat Prætor vt è locationis lege frui deſideretur. Vltra legem enim vel contra legem non debet audiri qui frui deſiderat inquit Vlp. *in l.1.§.vlt.D.de loc.public.fruend.* Nimirum interdicta omnia cauſæ cognitionem aliquam exigunt, at non vt impetrentur, cùm ipſis edicti verbis proponantur, ſed vt benè impetrata pronuncientur. Facti enim quæſtionem ſemper, nonnunquam etiam iuris implicitam habent, de qua proinde cognoſcendum ſemper & pronunciandum eſt. Cauſæ verò cognitio quam nos neceſſariam eſſe negamus illa eſt quæ præcedat impetrationem interdicti ſiue De ſuperficiebus, ſiue De loco publico fruendo, quomodo pręcedit illa, quam adhiberi neceſſe eſt, cùm vtilis in rem actio De ſuperficie poſtulatur, quam idcirco nec proponit prætor, vt interdictum, ſed pollicetur *d.l.1.§.1. De ſuperfic.* Similiter igitur actionem de fundo vectigali aio cõpetere ipſo iure, nec vllam cauſæ cognitionem ad eam inſtituendam requiri, quæ neceſſaria eſt ad inſtituendam & impetrandam vtilem in rem actionem De ſuperficie, quamuis non negem expediri actionem illam, vt ad ſententiam perueniatur ſine cauſæ cognitione non poſſe. Cognitio autem in eo potiſſimum adhibenda eſt vt inueſtigetur an municipum fundus ſit & ab iis locatus is qui petitur tanquam vectigalis. Nec enim aliter vectigalis eſt, quàm ſi eius proprietas ad municipes pertineat, & locatio ab ipſis municipibus, id eſt à municipij adminiſtratoribus facta ſit.

ERROR QVARTVS.

De differentia vectigalis agri & emphyteuticarij.

IN quo rurſum fallitur meo iudicio Cuiacius, qui ſupradicto loco notat in iure noſtro agrum vectigalem ſemper eſſe agrum emphyteuticarium, id eſt, vt ille ſubinde diffinit, quem dominus quilibet in perpetuum vel in plures annos tranſtulit in alium ea lege vt id melius, cultiúſque redderet conſtituta penſione certa. Nam imò verò vectigales fundos nunquam Iureconſulti noſtri alios eſſe dixerunt, quàm qui ſunt agri ciuitatum, quorum ſumma diuiſio illa eſt, vt alij vectigales vocentur, alij non vectigales, quomodo ſcripſit Paulus *in d.l.1.ſi ager vect.g.pet.* vbi repetenda eſt dictio *vectigales* & bis ſcribenda, quæ ſemel tantùm ſcripta eſt poſt negationem in hunc modum: *alij non vectigales. Vectigales vocantur*; nato errore ex eo quod veteres librarij literas, ſyllabas & dictiones repetendas, ſemel tantùm ſed maiuſculis caracteribus ſcribere ſolerent qui perpetuus mos eſt librarij Florentini & ex quo multa in libris noſtris menda fluxerunt à nobis aliàs prout ſeſe occaſio obtulit obſeruata. Aliud enim eſt dicere non omnes agros ciuitatum eſſe vectigales: Aliud verò, Eſſe quoſdam qui dicantur non vectigales. Et ideo ſub-

Digitized by Google

iicit Paulus in ſequentibus *non vectigales ſunt*. Deniquc proprietatem municipum eſſe neceſſe eſt & locationem ab iis factam, vt fundus vectigalis dici poſſit *d.l.1.§.vlt.l.ſi finita 15.§.ſi de vectigalibus D.de damn.infect. l. cùm ſponſus 12. §.in vectigalibus D. de Public.in rem act.* vbi cùm tractetur de vectigalibus prædiis quæ vſucapi non poſſunt, apparet non de aliis poſſe id intelligi quàm quæ ſunt reipublicæ & ciuitatis. Nec enim vllo iuris loco proditum eſt fundos emphyteuticarios à priuatis locatos tale priuilegium habere vt vſucapi non poſſint ſi fortè quis eos bona fide acquiſiuerit tanquam non emphyteuticarios: Etiamſi ponas ſolutum canonem annuum proprietario, quem hodie dominum directum appellamus, quia non eo minùs verum eſt ſibi ſuóque nomine poſſediſſe bonæ fidei emptorem per conſtitutum tempus, quod ſufficit ſempérque potuit ſufficere ad vſucapiendum *l. Pomponius 29. D.quib.mod.vſusfr.amitt.* In ſumma fundus emphyteuticarius eſt qui à priuatis locatur ad eum modum quo ſolebant olim locari à municipibus agri ciuitatum, id eſt ea lege vt quandiu certa penſio ſoluatur, non poſſit auferri fundus conductori. Fundi verò vectigales prorſus è contrario qui à ciuitatibus & municipibus, ſiue in perpetuum, ſiue ad tempus ita fruẽdi locabantur, quomodo priuatim agros ſuos locare vix quiſquam ſolebat olim, cùm Paulus ſcribat diſertis verbis *in d.l.1.* Non vectigales fundos eos eſſe qui ita colendi dantur vt priuatim agros noſtros colendos dare ſolemus. Tantum abeſt vt apta ad Iuriſprudentiam noſtram interpretatione potuerit *ad tit. Si ager vectig. petet.* illa ſubiici expoſitio quam ſiue Tribonianus, ſiue alius quiuis malus interpres ſubiecit, *id eſt emphyteuticarius* reſpiciens ad Zenonis & Iuſtiniani conſtitutiones De iure emphyteutico latas, ante quas cùm planè incertum eſſet, quænam actio contra dominum ipſum ex contractu emphyteutico dari deberet, cuius ipſa etiam natura ignorabatur, vt diximus in ſuperioribus & *libr.20.Coniect.cap.11.* nemo vtique probabiliter dixerit actionem de vectigali fundo cuius in libris noſtris mentio fit, in eam rem fuiſſe contra tertium comparatam vel accommodatam: longéque probabilius eſt conſuluiſſe prudentes ſi quando talis caſus emergeret, qui tamen rariſſimè contingebat, vt actio præſcriptis verbis contra dominum inſtitueretur. Cuius tùm maximè neceſſarius & ſollennis vſus erat cùm ignorabatur aut dubitabatur quænã actio certò cõpeteret *l.3.& 4.l.ſi gratuitam 17.& paſſ. D. de præſcript. verb.* Sed ea actio in perſonã tãtùm erat nõ in rẽ vt & actio ex vẽdito quã ex illo cõtractu nõnulli aut ex cõducto quã alij dãdã exiſtimabant *§. adeo Inſt.de locat.* Neq; verò ipſæ etiã Zenonis aut Iuſtiniani conſtitutiones vllã in rẽ actionẽ emphyteutæ dederũt, ſed perſonalẽ ſolã ex ipſo cõtractu, cuius perſonalis actionis poteſtate ſibi ſatis cõſulere poterat emphyteuta, dominũ vrgẽdo vt cederet & præſtaret actionẽ in rẽ quam aduerſus tertiũ quẽlibet poſſeſſorẽ habebat, quẽadmodũ in ſuperficiario ante propoſitũ à prætore interdictũ De ſuperficie obſeruari ſolitũ fuiſſe teſtatur Vlp. *in d.l.1.§.1.De ſuperfic.* At de vectigali fũdo actio tota in rẽ erat ſiue cõtra municipes ipſos, ſiue contra tertiũ poſſeſſorẽ exerceretur, quæ cùm ab initio cõpetierit ex prudẽtum autoritate iuríſque ciuilis ratione fuerítq; multò cõmodior & vtilior quàm actio in perſonam quælibet, vt ratiocinatur Vlp. *in d.l.1.§. 1. De ſuperfic.* Inde nimirũ fortaſſe factũ fuit vt nulla in libris noſtris veſtigia extẽt veteris quæſtionis, quam legimus agitatam fuiſſe, quænam perſonalis actio ex locatione fũdi vectigalis danda eſſet poſſeſſori: Quaſi ſuperuacua futura eſſet ea quæſtio & inutilis ei qui paratam haberet contra quemlibet in rem actionem:

Ex quo

Digitized by Google

Ex quo inferri à contrario ſenſu poteſt, cùm tantis contẽtionibus tantóque tempore controuerſum ſit inter veteres ad Zenonis vſque tempora quęnam actio ex cõtractu emphyteutico competere poſſet, apparere vel eo maximè, nullam emphyteutæ actionem in rem competiiſſe, neque directã, neque vtilem. Tantum abeſt vt actio de vectigali fundo ei accommodari potuerit pro fundo qui vectigalis nõ eſſet. Fuit enim actio illa propria de fundo vectigali, & ad hoc fundorum genus ſpecialiter accommodata cùm anteriores omnes in rem actiones ſiue directæ, ſiue vtiles eo caſu deficerent, ſicut & ſuperficiarium proprio interdicto propriáque actione de ſuperficie tuetur prætor, quòd neque per interdictum Vti poſſidetis, neque per aliam vllam ſpeciem actionis in rem etiam vtilis ſubueniri ei poſſet. *l. 3. §. ſed ſi ſupra D. vti poſſid.* Quę res facit vt quemadmodum ſuperficiarius potior eſt domino ſoli in interdicto De ſuperficie ſine quo haud dubiè ſuccũberet in interdicto Vti poſſidetis, quia etiam iure prætorio ſuperficies cedit ſolo, ideóque vinceret dominus ſoli etiam apud prætorem ſi iure communi ageretur per interdictum Vti poſſidetis, *d. §. ſed ſi ſuprà.* Ita conductor fundi vectigalis vincere debeat poſſeſſorem quemlibet etiam dominũ ipſum, Non agendo vindicatione, quę non datur, niſi ei, qui dominus ſit iure gentium vel ciuili, *l. in rem 23. & paſſ. D. de rei vindic.* neque agendo Publiciana quæ licèt directa in rẽ actio ſit prętoria, contra dominum tamen regulariter non datur *l. penult. De public. in rem act.* Sed agendo propria iſta actione, quæ dicitur De fundo vectigali ſumpto nomine à materia: Quæ actio ſicuti propria eſt huius negotij, ſic & propriam habet naturã ex cõtractu ipſo deſcẽdẽtem, quæ efficit vt nõ minùs imò tantò magis cõpetat cõtra dominũ qui contraxit, quàm contra tertiũ poſſeſſorem qui non cõtraxit, dũmodò legi cõtractus pareatur. Hoc .n. omnino requirimus, tùm quoq; cùm hæc actio cõtra tertiũ poſſeſſorẽ exercetur. In quo mira ſanè eſt huius actionis natura quę ſic ex cõtractu deſcẽdit vt tamẽ in rẽ ſit, & ſic in rẽ eſt vt tamẽ ex cõtractu deſcẽdat: quod vix de alia vlla ciuili actione ſimiliter poſſis dicere: At nec de vlla prætoria, ſi eã excipias de qua iã tam multa ſcripſimus, De ſuperficie. Nã & illa deſcẽdit ex cõtractu, & cõpetit pariter in rẽ etiã cõtra dominũ *d. l. 1. §. 1. & 2. De ſuperfic.* Ideò vtraq; propria ſui negotij actio eſt, nec tamẽ idcirco vtraq; aut ciuilis aut prætoria. Sed illa ciuilis, hæc prætoria, vt vel hæc ipſa huiuſmodi actionũ ſimilitudo demõſtrat. Si qua enim edicti ſui parte Prætor actionẽ de vectigali fundo propoſuiſſet, vt prædij vectigalis cõductori proſpiceret, Cur nõ æquè proſpexiſſet ſuperficiario, eâdem ſi nõ actione, ſaltem edicti parte? Aut ſi fortè per incuriã omiſſum id fuiſſet. An nõ potuiſſet prętor ad exemplũ actionis de vectigali fundo etiã vtilem de ſuperficie in rem actionem, veluti de vectigali fundo, proponere? Quomodo & ad exemplũ interdicti Vti poſſidetis, quod ſuperficiario vtile eſſe nõ poterat propoſuit interdictũ propriũ De ſuperficie velut interdictũ Vti poſſidetis, inquit Vlpianus. Nam & ſimiliter placet Cuiacio interdictũ de ſuperficiebus æquè accommodandum eſſe etiam emphyteuticario & feudatario, quamuis de ſolo ſuperficiario dixerit prætor. Sed non potuit, quoniam actio de vectigali fundo cùm ſit ciuilis æſtimanda fuit ex ratione Iuris ciuilis, quę nullomodo patitur vt ſuperficiario conſulatur per actionẽ in rem etiã vtilem, præſertim verò aduerſus dominũ ſoli. Quòd ſi vera eſſet Cuiacij ſententia exiſtimãtis interdictũ illud de ſuperficiebus, etiã emphyteutæ ac feudatario accommodandũ eſſe. An non eſſet expeditius perinde accõmodare iſtis vtilem actionem de ſuperficie quàm actionem de vectigali fundo?

Digitized by Google

ERROR QVINTVS.

De ratione & neceſsitate interdicti De ſuperficiebus, & an accommodari poſſit emphyteutæ & feudatario.

ATTAMEN nec illud verum puto quod vult Cuiacius Interdictum de ſuperficiebus accommodari emphyteuticario quoque & feudatario. Quid enim neceſſe eſt eo interdicto ipſis conſulere quod ſuperficiarij proprium eſt, cùm poſſint illud habere quod omnibus poſſeſſoribus commune eſt, *Vti poſſidetis*? Nam cur non habeant, cùm ſint verè poſſeſſores, & quidem ad propriam vtilitatem? Sicut & creditores omnes qui incumbunt pignori, ſi eos excipias qui cuſtodiæ tantùm cauſa in poſſeſſionem miſſi ſunt, quos vtique conſtat non poſſidere, in eóque differre à cæteris creditoribus pignoratitiis qui verè poſſident & ſibi in omnibus præterquàm ad vſucapionis cauſam *l. qui pignori 36. D. de acquir. poſſ. l. ſerui nomine 26. D. de vſucap.* iunct. *l. 3. §. creditores D. vti poſſid.* Dices Emphyteutam eſſe conductorem, Conductores autem omnes domino eidémque locatori poſſidere non ſibi, ob idque non tam poſſidere intelligi quàm eſſe in poſſeſſione *l. ſi quis ante 20. §. 1. D. de acquir. poſſ.* Non poſſe igitur fieri, vt colono aduerſus locatorem competat interdictum Vti poſſidetis, ſed tantùm locatori aduerſus colonum aut alium quemlibet id agentem vt locatoris poſſeſſionem turbet *l. 3. §. cùm inquilinus.* iunct. *d. l. 1. §. interdictum autem. D. vti poſſid. l. officium 9. D. de rei vindic.* Sed facilis reſponſio eſt, longè aliam eſſe rationem emphyteutæ, aliam ſimplicis coloni & conductoris. Emphyteuta namque poſſidet quidem rem alienam, cuius nec directus ipſe dominus eſt nec vtilis, & quidem ſciens, ideóque nec vllo tempore per poſſeſſionem acquirere illam ſibi poteſt, quia id citra malam fidem facere non poſſet *l. 2. C. de præſcr. 30. vel 40. annor.* Sed tamen poſſidet ſibi non domino, cùm ita rem teneat vt quandiu penſionem annuam præſtabit, non poſſit ei dominus inuito rem auferre quod in cæteris conductoribus diſſimile eſt *d. l. 1. & 2. D. ſi ager vectig.* Replicabis Eãdem rationem in ſuperficiario quoq; locum habere *l. in ſpeciali 73. §. 1. & l. ſeq. D. de rei vindic.* neque tamẽ dubitari quin ſuperficiario inutile ſit interdictum *vti poſſidetis*; cùm neceſſe fuerit ei ſubueniri per proprium interdictum De ſuperficiebus, non per interdictũ Vti poſſidetis, quomodo Accurſ. malè interpretatur *d. l. 3. §. ſed ſi ſuprà D. vti poſſid.* Reſpondebo, conuenire quidem ſuperficiarium & emphyteutam in eo quod ſunt conductores prædij alieni, & ea tamen lege vt quoad penſio ſoluatur, auferri res iis non poſſit. Sed differre in eo, quod emphyteuta non tantùm ſuperficiei conductor eſt, ſed etiam ſoli eodémque iure ſolum quo ſuperficiem tenet, Superficiarius verò vel ſolius ſuperficiei conductor eſt, vel ſi etiam ſoli, non tamen niſi propter ſuperficiem, Vnde & ſuperficiarius appellatur. Itaque non poteſt ius ſuperficiarij impedire quominùs poſſeſſor ſoli maneat dominus, qui porrò poſſidere ſolum non poteſt quin hoc ipſo poſſideat ſuperficiem: Cùm etiam quod ad cauſam poſſeſſionis non minùs quàm quod ad cauſam dominij ſuperficies cedat ſolo nec minùs prætorio iure quàm ciuili *d. l. 3. §. ſed ſi ſuprà D. vti poſſid.* Niſi cùm ſuperficies talis eſt cuius poſſeſſio ſeparata eſſe poſſit: Vt puta ſi ad ſuperius cœnaculum

Digitized by Google

cilium aditus ſit aliquis ex publico, & aliunde quàm per ædes inferiores vt *in d.§.ſed ſi ſuprà.* At ius emphyteutæ qui totum prædij corpus ſibi habet impedit ne is qui emphyteuſim conceſſit poſſidere quicquam ex ea re dici poſſit. Proinde nihil habet, is, qui fundum in emphyteuſim dedit, propter quod negari poſſit emphyteutam verè ac propriè poſſidere: Neque hoc negabūt nobis interpretes qui adeò emphyteutæ tribuunt vt dent ei, & quidem tanquam vtili domino etiam vtilem in rem actionem quam nos denegamus. Quid enim illi prodeſſet habere huiuſmodi actionem in rem, ſi etiam poſteā quàm poſſeſſionem nactus eſſet, adhuc tamen non poſſideret? An non verò facilius eſt, vt poſſeſſionem quàm vt dominium habere exiſtimetur, quod vtique difficiliùs & acquiritur & amittitur. Quid? An non Prætor tuetur etiam ſuperficiarium tanquam poſſeſſorem? Minimè verò, ſed tanquam ſuperficiarium, & ideò cùm nō poſſet ei prodeſſe interdictum Vti poſſidetis, quod tamen omnibus ſoli poſſeſſoribus prodeſt, neceſſarium fuit vt proſpiceretur ipſi proprio interdicto De ſuperficiebus, vt diximus. Dicat aliquis mirum non eſſe quod interdictum Vti poſſidetis non competat ſuperficiario, nec ſi fateamur ſuperficiem ab eo poſſideri cùm non aliis cōpetat quàm poſſeſſoribus ſoli. Aliud verò ſit ſuperficiem, aliud ſolum poſſidere. Non eſſe igitur bonam conſecutionem ſi quis ex eo inferat, Superficiem à ſuperficiario non poſſideri. Verùm facile eſt animaduertere non alia de cauſa ſoli poſſeſſoribus duntaxat accommodatum illud interdictū quàm quod in cauſa poſſeſſionis non poſſit ſeparari ſuperficies à ſolo non magis quàm in cauſa proprietatis, Vnde fit vt nunquam ſuperficies ſine ſolo vſucapi poſſit *l. nunquam 26. l. ſi ſolum 39. D. de vſucap.* quomodo poſſet haud dubiè ſi ſine ſolo poſſideri poſſet.

ERROR SEXTVS.

De ſententia l. 1. §. item videamus. & l. 3. §. ſed ſi ſuprà D. vti poſſid.

NEc rurſus eſt quod quis dicat non eſſe nouum vt quis poſſideat rem ſoli & immobilem, cuius tamen nomine nō poſſit experiri, interdicto Vti poſſidetis fortè ſi de ea re agatur quam alius quoque poſſideat, quod interdum euenire conſtat vt in ſpecie illa quam Vlpianus tractat *in d. l. 1. §. item videamus D. vti poſſid.* Si proiectio ſupra vicini ſolum non iure haberi dicatur. In qua ſpecie ait ex Caſſio interdictum Vti poſſidetis ſi inter eos petatur, vtrique eſſe inutile, quia, inquit, alter ſolum poſſidet, & conſequenter quicquid ſupra ſolum eſt ad cœlum vſque *l. vlt. §. pen. D. quod vi aut clam.* Alter verò cum ædibus ſuperficiem. Quo exemplo, ſimiliter igitur & in propoſito poſſit quis tentare inutile eſſe interdictum Vti poſſidetis ſuperficiario aduerſus dominum, non quia ſuperficiarius non poſſideat, ſed quia etiam dominus ſoli poſſidet ſuperficiem hic cum ſolo, ille ſine ſolo. Cùm autem vterque poſſidet certum eſt neutrum poſſe vincere, Ne alioqui neceſſe eſſet vt vterque vinceret, quod impoſſibilem faceret iudicati executionem. Sed non ita eſſe, vt ob hanc cauſam ſuperficiario denegetur interdictum quod vterque poſſideat oſtendit ſatis idem Vlpian. *in d. §. ſed ſi ſuprà,* vbi diſertè ſcribit dominum ſoli tam aduerſus ſuperficiarium ipſum, quàm ad-

Digitized by Google

uerſus aliũ quẽlibet eo interdicto potiorem fore. Nõ enim potior eſſe poſſet, ſi etiam ſuperficiarius poſſideret. Imò verò neuter eo caſu vinceret, neuter vinceretur. *d. §. item videamus*, Cuius ſententiam & rationem malè percepit vir doctiſſimus Iacobus Cuiacius cùm textum emendauit in illis verbis *vtrique eſſe inutile* vt pro *inutile* reponeret *vtile*. Benè in eo notatus à Ioanne Roberto, ſed mala ratione, Quòd, inquit, proiectum non ſicut ſuperficies cedat ſolo. Propoſitio enim falſa eſt vt benè Cuiacius replicauit, *ex d. l. vlt. §. pen. quod vi aut clàm*. Collectio autem inepta, quoniam ſi dominus ſoli ſupra quod proiectum eſt non poſſideret ſuperficiem ad ratam ſoli ſui portionem, fatendum eſſet fore vt alius ſolus poſſideret, ac proinde vt ei deberet vtile eſſe interdictũ quod tamen vtrique inutile eſſe habet vulgata lectio quã & Robertus defẽdit, & nos tuemur. Sed labitur in eo fœdiùs Cuiacius, quod rationẽ Vlpiani malã & ineptã eſſe audet dicere, quę tamẽ vt optima ſit concludentiſſima eſt: Supponit enim pro vero & aſſumit, quod nec Cuiacius ĩgnorauit qui id ipſum docuit *lib. 5. obſer. cap. 22.* quoties vterque poſſeſſor eſt nec alius ab alio poſſidet neutrum poſſe aut vinci, aut vincere interdicto Vti poſſidetis. Huic ſiquidem propoſitioni neceſſariò conſequens eſt quod vult Vlpianus vt ſi duo ſint quorum alter ſolum, alter ſuperficiem cum ædibus poſſideat, vtrique ſit inutile interdictum, quia dici nequeat vter poſſit aut debeat vincere. Quod verò idem Cuiacius addit in poſterioribus *Obſeruat. lib. 17. cap. 2.* vt veterem ſuum errorem mordicùs tueatur, debere prætorem in eo interdicto ſuam cuique poſſeſſionem tueri, prorſus ineptum eſt. Quomodo enim tueretur quin faceret vt vterque vinceret? Aut quomodo faceret vt vterque vinceret, quin illud etiam eueniret, vt vterque vinceretur? Aut quando locum habebit quod nos cum Cuiacio diximus, Vtroque poſſidente neutrum vincere debere, ſi ſuam cuique poſſeſſionem tueri debet Prætor? Non nego fuiſſe ex antiquis prudentibus pleroſque qui putarent poſſe duos eandem rem in ſolidum eodem tempore poſſidere, diuerſo tamẽ poſſeſſionis genere vnum iuſtè, alium iniuſtè, vnum naturaliter alterum ciuiliter. Sed qui dixerit poſſe vtrumque poſſeſſorem & debere vincere ſi congrediantur interdicto Vti poſſidetis nemo vnquam fuit.

ERROR SEPTIMVS.

De Accurſij & Bartoli traditionibus ad d. §. ſed ſi ſuprà, & ad d. l. 1. §. quia autem D. de ſuperfic.

HÆc verò omnia Accurſius quoque & Bartolus malè explicant, Non in eo ſolum quod *ad d. §. ſed ſi ſuprà*, notant poſſidere ſuperficiarium qui habet cœnaculum dandúmque ei interdictum Vti poſſidetis, ſiue cœnaculum habeat aditum ex publico ſiue non habeat, contrà quàm disertè ſcriptum ſit *in verſic. cæterùm eod. §.* Sed & in illo etiam, quòd in emphyteuta & ſuperficiario priuati ad differentiam eius, qui à ciuitate conduxit, idem iuris conſtituunt. Sic enim Bart. *ad d. l. 1. §. quia autem D. de ſuperfic.* Nec eas agnoſcunt differentias quas nos in ſuperioribus obſeruauimus. Quod ſi verum eſt vt eſt, emphyteutam habere ſuo iure interdictum Vti poſſidetis etiam aduerſus dominum

num

num ita vt non egeat alio illo interdicto quod ſuperficiariorũ proprium eſſe Prætor voluit. Quantò magis fatendũ eſt idẽ interdictũ Vti poſſidetis accommodari poſſe & debere poſſeſſori fundi vectigalis ad tuendam contra ipſum quoque dominum ſuam poſſeſſionem, quam ſi non haberet, etiam per ciuilem in rem actionem recuperare poſſet? Summa rei hæc eſt. De vectigali fundo competere ex prudentum autoritate ciuilem in rem actionem, quæ proprium nomen habet De fundo vectigali, Competere item ex prætoris edicto interdictum Vti poſſidetis ad retinendam poſſeſſionem, vt & interdicta reſtitutoria ad eandẽ poſſeſſionẽ ſi amiſſa ſit recuperandã: Superficiario neque ciuilẽ actionem cõpetere neque interdictũ ſiue directum ſiue vtile *Vti poſſidetis* ſed aliud proprium quod dicitur De ſuperficie ad exemplũ illius *Vti poſſidetis* comparatum. Itémque prætoriam vtilem in rem de ſuperficie actionem ſuperficiario dari poſſe ſed non niſi cum cauſæ cognitione. Emphyteutæ denique nullam ciuilem aut prætoriam in rem actionem vnquam competiiſſe nec hodiè competere, neque dari debere etiam cum cauſæ cognitione, ſed ſolùm interdictum vti poſſidetis cæteráque interdicta poſſeſſoria ſi certet de poſſeſſione tantùm, itémque perſonalem actionem ex contractu illam quam primus Zeno formauit, & introduxit: Vt plus iuris habeat emphyteuta quàm ſuperficiarius in cauſa poſſeſſionis, minùs verò ad agendum in rem. Vterque verò tam in cauſa poſſeſſionis quàm quod ad in rem actionem minùs quàm poſſeſſor fundi vectigalis licèt non magis hic dominus ſit quàm cæteri, quibus vt videri fauorabilior debeat facit ſolus fauor ciuitatis à qua ius habet, cùm cæteri habeant à priuato. At quid de feudatario? Plus ille certè iuris habet quàm cæteri omnes cùm per traditionem feudi dominiũ transferatur in accipientem quamuis non niſi certis legibus, quibus ſi non pareatur ad concedentem reuertitur. Sed latior planéque diuerſus tractatus ille eſt, de quo in poſtrema Chiliadis parte plura, Deo fauente, ſcribere ſtatuimus, ſed quibus tamen non paruam lucem illa adferent quę in hac Decade à nobis diſputata ſunt De vectigali fundo, De ſuperficiario & de emphyteuticario.

ERROR OCTAVVS.

De ſententia & ratione l. epiſtolam 75. §. mulier D. ad SC. Trebell.

RESPONSI huius ſententiam non benè videntur percepiſſe interpretes: Rationem certè non perceperunt. Putant enim, Azonem & Accurſium ſecuti, heredem à muliere inſtitutum fuiſſe nepotem ex filio prædefuncto rogatúmque illum vt matri ſuæ eidémque teſtatricis nurui hereditatem purè reſtitueret, Rurſúmque rogatam nurum vt filio ſuo eidémque heredi eandem hereditatem redderet. In qua ſpecie volunt reſponſum fuiſſe à Scæuola, cùm quæreretur an ſtatim fideicommiſſum reſtituere nurus deberet, an poſt mortem duntaxat ſuam,

Digitized by Google

Aptādum eſſe fideicommiſſum ad id tempus quo nurus moreretur. Ac quoniam vident repugnare rationem iuris, quæ fideicommiſſum neque die, neque condicione vlla ſuſpenſum ſtatim præſtari iubet *l. 1. D. de condict. & demonſtr. l. legauerat* 41. *§. vlt. de legat.* 3. Aiunt, ſpeciali ratione motum fuiſſe Scæuolam vt ita reſponderet, Quòd fideicommiſſum illi ipſi perſonæ præſtandum eſſet à qua paulò antè præſtitum fuerat, id eſt nepoti teſtatricis, quem illa heredem inſtitutum & fideicommiſſo hereditatis onerauerat, & ſubinde alio fideicommiſſo eiuſdem hereditatis honorauerat. Hoc enim caſu non dubitant rationem iuris facere vt non ſtatim ſed poſt ſecutam demum grauati mortem fideicommiſſum præſtandum ſit. Ne alioqui eueniat, inquiunt, vt ſit inutile in perſona prioris fideicommiſſarij ſi poſtquàm fideicommiſſum ab herede accepit ſtatim illud ipſum, & omne quod priore fideicommiſſo continebatur, eidem à quo accepit reſtituere teneatur. Ideóque Bartolus non aliam huius reſponſi ſummam eſſe arbitratur, quàm vt fideicommiſſum illi ipſi reſtituendum à quo acceptum fuit, non niſi poſt grauati poſterioris mortem reſtitui debeat ne ſit inutile. In quo non ſolùm diuinant iſti, ſupplendo multa quæ nunquam Scæuola ſuppleuiſſet, cui moris erat non ad alia reſpondere quàm ad ea quæ ex facto proponebātur vt nemo neſcit, ſed etiam violant apertiſſimè iuris rationem, dum id agunt quantum poſſunt, ne illam offendere videantur. Den que non obſeruant vim & proprietatem verborum, quibus vſa teſtatrix fuerat, & quorum pondere raptum Scæuolam dubitandum non eſt ita reſpondiſſe. Diuinant primùm & ſupplent malè, inſtitutum fuiſſe à teſtatrice nepotem quem habebat ex filio prædefuncto. Neque enim id expoſuerat qui Scæuolam conſulebat, ſed hoc tantùm, Heredem à muliere inſtitutum rogatum fuiſſe vt hereditatē reſtitueret, non expreſſo eo quiſnam heres ille eſſet, vt appareret quàm parùm referret quis eſſet, an nepos ille an alius quilibet dummodò capax. Neque verò credibile eſt inſtitutum fuiſſe eum ipſum nepotem quem teſtatrix poſteriorem fideicommiſſarium fecerat. Non ob id ſolùm quod interpretibus placet, futuram ex eo inutilem & abſurdam tam inſtitutionem, quàm priorem ſubſtitutionem, Rogato nepote illo vt hereditatem matri ſuę ſtatim redderet, viciſſimque rogata matre vt hereditatem filio ſuo à quo acceperat ſtatim reſtitueret (quid enim vtilitatis aut ex inſtitutione ad nepotem, aut ad nurum ex fideicommiſſo pertineret reſtituta per vtrumque confeſtim ex Trebelliano hereditate?) Sed etiam quia legis verba repugnare quodammodo videntur, Tantum abeſt vt huic interpretationi patrocinentur. Sic enim loquuntur de nepote cùm tractant de fideicommiſſo, quod ei à nuru præſtari teſtatrix voluerat, vt eum ipſum heredem inſtitutum fuiſſe neque ponant, neque ſupponant, ſicut neque mortuum filium teſtatricis ex quo nepos ille ſuſceptus erat. Atqui, inquies, nec illud probabile eſt, mulierem in ea ſpecie fuiſſe inſtituturam nepotem ſi filium ſuperſtitem habuiſſet, Neque rurſum prædefuncto filio & ſuperſtite nepote, alium illam quàm nepotem heredem electuram. Idcirco, inquam, probabilius eſt inſtitutum fuiſſe filium primi gradus, potiùs quàm nepotem, Aut ſi velis fingere cum interpretibus præmortuum filium, vel etiam de matre ſi voles tam malè meritum vt ab ea vel præteriri vel exheredari debuerit, Quid vetat ponere inſtitutum potiùs maritum aut alium denique quemlibet cum onere tamen fideicommiſſi hereditatis præſtandæ nurui,

Rogata

Digitized by Google

Rogata ſubinde nuru ipſa, vt filio ſuo eandem hæreditatem reſtitueret? Conſtat enim ſic olim frequentiùs obſeruari ſolitum, vt proba quæque mulier maritum heredem ſcriberet non ſolùm adfectionis intuitu & tanquam liberis omnibus chariorem, ſed etiam propemodum ex neceſſitate, Cùm viderent matres æquè futurum vt inſtitutis liberis earum bona peruenirent ad maritos iure patriæ poteſtatis & adita per liberos hereditate, Scilicet ante Conſtantini legem quæ prima induxit vt bonorum maternorum proprietas ad communes liberos pertineret, ſolo vſufructu patri relicto *l.1.C.de bon.matern.* Niſi fortè vellent illæ liberos inſtituere ſub ea condicione, ſi à patre emanciparentur, Aut ſi morte patris vel quo alio modo effecti eſſent ſui iuris. Quæ ſatis frequens erat formula inſtitutionis cùm filiusfamiliàs aliquis ab extraneo heres ſcribebatur. Sed patribus tamen inuiſa, qui ea de cauſa facilè in ſuſpicionem veniebant futurum vt eorum mortem captarent liberi ſpe & auiditate nimia obtinendæ hæreditatis vt conſtat *ex l.quidam cùm filium familiàs 46. D.de hered.inſtit.l.ſi cui legatum 92.& ſeq.D.de condic. & demonſtr. l.filiusfamiliàs 114.§.ſed ſi liberos de legat.1.* Ideóque rarius erat vt ea inſtitutionis formula matres vterentur, quas æquum erat modis omnibus proſpicere, ne cum maritorum offenſa liberis fauerent in quos ſciebant datam patribus vitæ necíſque poteſtatem. Qua eadem ratione fiebat vt tùm quoque cùm maritos heredes ſcriberent vix rogarent eos de reſtituenda liberis hereditate: Nec purè, quod fuiſſet illuſorium quia hereditatis, per patrem reſtitutæ filio commodũ totum ad patrem rediiſſet iure poteſtatis, niſi ſi pater adire recuſaſſet *l.cogi 16.§.ſi pater D.ad SC.Trebell.* Nec ſub condicione emancipationis, aut in diẽ mortis, Ne eiuſmodi adiectione mariti offenderentur, quibus haud dubiè prima condicio erat inuiſa propter iacturã patriæ poteſtatis, Altera periculoſa & plena mali ominis triſtíſq; euẽtus vt loquitur *l.vlt.C.de pact.* vtraque odioſa. Et ob eam nimirum cauſam poſſet quis non improbabiliter coniicere & ſuſpicari, In ea ſpecie quam ex Scæuola tractamus fuiſſe maritũ heredem inſtitutum. Sed probabilius tamen videtur vt filium ipſum inſtitutum ponamus, (cur enim præſumeremus vel præmortuum fuiſſe, vel exheredatum, vel, quod effectu idem eſt, præteritum ſiue tanquam ingratum, ſiue nulla de cauſa?) & rogatũ vt hereditatem reſtitueret non nepoti ex filio illo adhuc ſuperſtite quia iure poteſtatis rediiſſet eo caſu hereditas ad patrẽ aut ad auum paternum ſi tùm quoque is viueret, ſed nurui ſuæ, id eſt vxori filij ex quo ſuſceptus erat nepos retentus in poteſtate. Tum rogatam nurum vt eãdẽ hereditatem faceret peruenire ad filium ſuum, eundémque nepotẽ teſtatricis. Quo ita conſtituto apparet ceſſare rationem illam qua noſtri volunt motum fuiſſe Scęuolam vt reſponderet aptandum eſſe fideicommiſſum ad tempus quo nurus moreretur. Nec eo minùs tamen verum eſt quod ille reſpondit, non ſtatim debere nurum hereditatem reſtituere, ſed poſt mortẽ demum ſuam. Sicut è contrario nihil abſurdi eſt duobus à teſtatore factis fideicommiſſarijs hereditatem reſtitui à primo ſtatim atque fuit ei ab herede reſtituta, licèt ita futurum ſit vt nullum lucrum & commodum ex ea prima reſtitutione penes ipſum remaneat. Quod nec interpretes noſtri negant, ſi modò fideicommiſſarius ſecundus alius ſit quàm qui fideicommiſſo priore obſtrictus fuit, puta ſi teſtator ſic dixerit, *Titius heres eſto, Rogo te Titi vt hereditatem reſtituas Sempronio, Rogo te Semproni vt eandẽ hereditatem reſtituas Mæuio. l.1.§.de illo quæritur §.inde Neratius.l.ſi patroni, 55.§.qui fideicommiſſum D. ad SC.*

Digitized by Google

Trebell. Cùm ergo fateantur omnes hoc caſu debere Sempronium ſtatim Mæuio reſtituere non expectato tẽpore mortis, cur aliud iuris conſtituamus etiamſi Mæuius hic proponatur & heres inſtitutus, & primus ipſe eandem hereditatem Sempronio reſtituere rogatus? Nempe voluntas teſtatoris in omnibus ſequenda eſt. Nec dici hìc poteſt, quod aliàs plerumque euenit, vt circuitus vitandi gratia hereditas vel habeatur pro reſtituta ſi idem ſit heres & poſterior fideicommiſſarius, vel rectà reſtituatur per heredẽ poſteriori fideicommiſſario ſi alius ſit qui priori fideicommiſſario, & alius cui prior fideicommiſſarius reſtituere iuſſus fuit. Nam priore caſu non poteſt heres recuſare quominùs hereditatem reſtituat ei, cui teſtator reſtitui iuſſit, quemadmodum nec fideicommiſſarius vt eam ſtatim reddat heredi perinde acſi non heredi ſed alij cuilibet reſtituere iuſſus eſſet. Niſi quod non indiget hic heres poſt ſecundam reſtitutionem vtilibus actionibus quibus alius indigeret, cùm poſſint ei ſufficere directæ *l. ſi heres 70. D. ad SC. Trebell.* Nec poteſt obiicere doli exceptionem fideicommiſſario quaſi petenti idipſum quod ſtatim reſtituturus eſt ex vulg. *l. dolo facit 8. de reg. iur. l. in condemnatione 173. §. vlti. de regul. iur.* Non enim reſtituet quaſi eidem, ſed quaſi alteri, hoc eſt, non quaſi heredi ſed quaſi fideicommiſſario, quod ſufficit vt alia perſona eſſe videatur *l. ſi paterfamilias 15 § 1. D. de adopt.* Idque adeò verum eſt vt ſicuti actiones vtiles non poſſent dari ſecundo fideicommiſſario niſi reſtituta hereditate ex teſtamento, & eo ipſo modo quo reſtitui eam teſtator voluit *l. 1. l. ſed etſi alio loco 9. § vlt. & l. ſeq. D. ad SC. Trebell. l. ſi mulier 59. § ex aſſe D. de iur. dot.* Ita neque hoc caſu poſſent cõpetere directæ efficaces ſi non haberet heres hereditatem ex eo iure quo habere illum teſtator voluit, id eſt iure fideicommiſſi. Nam licèt neque Senatuſconſulti Trebelliani, neque Prætoris auxilio indigeat heres vt habeat directas actiones etiam poſt reſtitutam hereditatem, tamen vt habeat eas efficaces poſt reſtitutionem quam fecerit aut facere debuerit, non magis fieri poteſt ſine auxilio Senatuſconſulti & prætoris, quàm vt habeat vtiles, quandoquidem poteſtatis eiuſdem eſt facere vt poſt reſtitutionem poſterior fideicommiſſarius habeat vtiles actiones, & vt habeat directas efficaces, Cùm directæ illæ efficaces ſint veluti loco vtilium, nec alia de cauſa excludant vtiles, quàm quia ipſæ directæ ex inefficacibus factæ ſint efficaces. Poſteriore autem caſu quem ſuprà diximus, id eſt ſi prior fideicommiſſarius rogatus ſit hereditatem reſtituere non heredi à quo accepit ſed alii; non eò minus neceſſarius eſt ille circuitus, vt per manus prioris fideicommiſſarij hereditas perueniat ad ſecundum, quòd nihil ex hereditate remanſurum ſit penes priorem fideicommiſſarium, quia non aliter poſſent tranſire actiones in ſecundum fideicommiſſarium quàm ſi reſtituta eſſet hereditas à primo ex iudicio & voluntate teſtatoris & iuxta formam ab eo præſcriptam. Quod vtique non eueniret ſi neque priori fideicommiſſario hereditatem reſtitueret heres, ſed ſecundo, neque hereditatem ſecundus fideicommiſſarius haberet à primo ſed ab herede. Circuitus ergo hic neceſſarius eſt vt teſtatricis voluntati ſatisfiat, nec inutilis dici poteſt qui talem tátúmque effectum habet. Itaque alia ratio quærenda eſt quæ mouerit Scæuolam in ſpecie propoſita vt fideicõmiſſum quod nurui purè iniunctum videbatur, non niſi poſt nurus mortem præſtandũ eſſe reſponderit. Ea verò ratio non aliunde petenda eſt quàm ex verbis quibus teſtatrix vſa proponebatur. Non enim præceperat nurui vt hereditatem reſtitueret filio

filio ſuo, vt in *l. vxorem* 41. *§. vlt. de lega.* 3. quo caſu ſanè fideicommiſſum fuiſſet purum, & conſequenter ſtatim præſtandum *d. §. vlt. & l. 1. D. de condic. & demonſtr.* ſed vt faceret hereditatem ad filium peruenire. Quibus verbis ſui natura tractum temporis, vt nemo non videt, habentibus, ſatis declarauerat nolle ſe vt hereditas nepoti ſtatim reſtitueretur, quoniam ſi ea reſtitutio ſtatim fieret nepoti, non tam ad nepotem ipſum, quàm vel ad auum paternum, vel ad filium eundémque maritum bona peruenirent, iure ſcilicet poteſtatis. Alterutrum ſiquidem & ſuperſtitem eo tempore, & heredem inſtitutum fuiſſe, vt iam diximus, neceſſariò ponendum eſt. Quem enim alium præter maritum aut filium heredem ſcribere potuiſſet ac præferre nepoti? Aut cur credamus adeò miſeram fuiſſe teſtatricem vt viua & maritum amiſiſſet, & filium, cùm neutrum expreſſiſſet is, qui Scæuolam conſulebat? Nam & inde illud etiam eſt, quod vbi purè fideicommiſſum datum eſt, & adiectum *Rogo des filio tuo faciáſque vt ad eum perueniat*, reſpõſum fuit videri fideicommiſſum datum filio in id tempus quo capere poſſit id eſt quo ſui iuris fiat *l. vbi purè* 19. *in princip. D. ad SC. Trebell.* quoniam alioqui non perueniret hereditas ad filium, ſed ad patrem, licèt per mediam filij perſonam. Perueniſſe namque accipimus cum effectu vt *in l. 2. §. perueniſſe. D. de hered. vel act. vendit.* Idémque eſt ſi teſtator iuſſerit vt pater relinquat filio, vel his verbis: *Volo eum habere*: vel *volo ad eum pertinere l. fideicommiſſa* 11. *§. ſi filio. de lega.* 3. Dices: Non ergo debuiſſe Scæuolam reſpondere, quod reſpondet, Aptandum eſſe fideicommiſſum ad tempus quo nurus moreretur, ſed potiùs ad id tempus quo nepos ille ſui iuris factus eſſet. Atque ob id nimirum ſolent noſtri opponere Scæuolæ quod ſcriptum eſt *in d. l. vbi, & d. §. ſi filio*, quaſi loci illi inuicem pugnent. Et vt conciliationem adferant, reſpondent, fuiſſe filium eundémque fideicommiſſarium in poteſtate rogati. At non etiam apud Scæuolam, cùm matres non habeant liberos in poteſtate. Verùm in hoc ipſo errant quod pugnare putant locos iſtos qui tamen optimè conſentiunt. Probant enim omnes non eſſe ſtatim reſtituendum fideicõmiſſum propter verba illa tractũ temporis vt dixi habentia *facias peruenire*: quod alioqui ſtatim reſtituendum eſſet. De illo tantùm quæri poteſt, Si viua nuru nepos hic de patris ſui aut aui paterni poteſtate exiiſſet: An ideo ſtatim reſtituere illa fideicommiſſum deberet. Quid enim refert An ſit nepos in grauati poteſtate an non ſit? Cùm vtroque caſu id videatur voluiſſe teſtatrix vt fideicommiſſario præſtaretur fideicommiſſum eo tempore quo eſſet ſui iuris? Aut ſi cùm à patre fideicommiſſum præſtandam eſt filio quem habuit in poteſtate, placuit non videri rogatum patrem vt reſtituat hereditatem niſi poſt mortem ſuam, ob hoc ſolum quòd habuit filium in poteſtate qui moriente demùm patre ſui iuris futurus eſt. Cur perinde aptamus fideicommiſſum iniunctum nurui ad tempus quo illa morietur, cùm non idcirco futurum ſit vt filius eius reperiatur ſui iuris? Et hoc nimirum eſt quod inquirere noſtri interpretes, & explicare debuerunt. Reſpondendum eſt, vt ego quidem arbitror, Eum qui rogatur hereditatem reſtituere filiofamiliàs alieno his verbis additis, vt faciat hereditatem ad eum peruenire, non tam videri iuſſum vt hereditatem ei reſtituat ſtatim atque ſui iuris erit, quàm prohibitum ne priùs reſtituat, quàm ille ſui iuris factus fuerit. Aliud verò eſſe ſi pater rogatus proponatur. Tunc enim ſi filium emancipet, hoc ipſo videtur iam tùm velle ſatisfacere voluntati teſtatoris, nec aliam ob cauſam emancipare filium quàm

Digitized by Google

vt emancipando faciat hereditatem ad eum peruenire: Sicuti è contrario dicimus Rogatum patrem vt filium emancipet, eíque fideicommiſſum præſtet, ſi moram emancipationi fecerit, hoc ipſo videri etiam facere moram fideicommiſſo *d.l.ſi cui legatum 92.in fin.D.de condic. & demonſtr.* Adeóque ſi ſolummodò rogatus ſit pater vt filium coheredem ſibi datum emancipet, ita vt curatores à Prætore filius acciperet, patris fideicommiſſum videri, vt filiũ ſui iuris conſtitutum ad hereditatem peruenire patiatur. Sic enim Papinianus reſpondit *in l.mater 93.eod.tit.* Quod non ſimiliter dici poteſt cùm alius quàm pater rogatus eſt fideicommiſſum dare quamuis filiofamilias. Nam pater quidem ſi filium hunc alienum emancipet, facit vt bona poſſint ad illum peruenire, At non idcirco poteſt obligare grauatum qui nihil facit, vt ſtatim reſtituat, ne ſit in vnius poteſtate efficere, vt fideicommiſſum citiùs ab alio grauato præſtetur. Sed hîc illa ſupereſt difficilior hæſitatio, Cur ergo fideicommiſſum præſtandum ſit poſt mortem nurus cùm per eam mortem nihilomagis fiat vt bona peruenire ad filium poſſint. Puto rationem illam eſſe, quòd eo inſtanti quo nurus moritur deſinit poſſe amplius facere vt hereditas ad filiumfamilias magis perueniat. Quid enim prætereà faciet, cùm erit mortua? Proinde alterutrum euenire neceſſe eſt, vt vel eo ſaltem inſtanti dies fideicommiſſi cedat, vel numquam. Nec enim ponimus relictum eſſe fideicommiſſum etiam ab herede nurus, quem neque ſperandum erat alium fore quàm ipſius filium ſi tùm ſupereſſet. Cùm ergo ipſa etiam bona paterna neceſſe ſit ſiue ex teſtamẽto, ſiue ab inteſtato ad filiũ eius peruenire, niſi fuerit ille aut tacitè aut expreſſè exheredatus. Quid abſurdi eſt etiã bona cætera quæ fideicõmiſſi onere affecta ſint, reſtitui filio, licèt ex eo futurũ ſit vt non tã ad filiũ quàm ad patrẽ ipſius perueniant per mediã perſonã filij ſiue præteriti ab auia, ſiue exheredati, ſiue inſtituti? Nam & cùm grauatus inſtituit heredem fideicommiſſarium ea inſtitutio pro fideicommiſſi reſtitutione eſt *l.Lucius 123.de legatis* 1. Quid igitur ſi nurus expreſſim grauata fuiſſet hereditatem reſtituere filio cùm ſui iuris factus eſſet? An ſi filium heredem inſtituerit videbitur perinde vtiliter hereditatem reſtituiſſe, quaſi repræſentato fideicommiſſo? Minimè, quia nec id facere potuit, citra nepotis fideicommiſſarij iniuriam, cuius interfuit non priùs fieri reſtitutionem fideicommiſſi, quàm capere ipſe poſſet *d.l.vxorem §. Seium maritum de legat.* 3. Adeóque quod magis mirêre, nec ſi reſtitutioni ipſe conſenſiſſet *l. filiusfamilias 114.§.Diui 1.De legat.* 1. Longéque diſſimile eſt quod reſcripſerunt Impp. *in l.poſt mortem 12.C.de fideic.* eum qui poſt mortem ſuam reſtituere rogatus eſt defuncti iudicio poſſe ſatisfacere etiam priuſquàm fati munus impleat ſi velit, vt ex iis conſtat quæ nos de illius loci ſententia ſcripſimus in libris Coniecturarum. Proinde non acquirentur bona iſta patri per filium, nec rurſus filio, quamuis inſtituto, niſi tanquam materna, at non etiam tanquã fideicommiſſaria. Cuius diſtinctionis effectus in eo erit, inſpecta ſcilicet iuris veteris ratione vt non poſſint ea bona per patrem alienari, ſicuti materna cætera, quominùs filius factus ſui iuris ea vindicet acſi nunquam filio quęſita fuiſſent nec patri per filium, Quod non æquè contingeret ſi fideicommiſſum propter inſtitutionem habendum eſſet pro reſtituto. Sin filium præterijt, vel exheredauit nurus hæc de qua agimus alio herede inſtituto, non cogetur heres ille fideicommiſſum priùs præſtare quàm filius factus ſit ſui iuris, ſiue per mortem patris, ſiue per emancipationem aut quo alio modo

mul.

Digitized by Google

l. mulier 22. in princip. D. ad SC. Trebell. d. l. fideicommiſſa 11. §. cui de legat. 3. l. ſi ita eſſet 15. D. quand. dies legat. ced. Interim igitur etiam mortua nuru retinebit hereditatem teſtatoris quaſi dies fideicommiſſi nondum ceſſerit, Reſtiturus poſteà ſi quandoque contingat filium effici ſuæ poteſtatis. Nam & ab herede grauati licèt neque rogatus ipſe ſit, neque Senatuſconſulti Trebelliani verbis comprehenſus hereditatem reſtitui poſſe certum eſt *l. quamuis 40. §. 1. ff. ad SC. Treb.* Quòd ſi accideret mori filium, antequàm ſui iuris factus eſſet, vtique remaneret fideicommiſſum penes heredem nurus, quaſi deficiente perſona cui reſtitui poſſit & debeat vt *in l. Statius Florus 48. §. Cornelio Felici D. de iur. fiſc.* Malè autem Accurſius ad hoc Scæuolæ reſponſum notat ſimile eſſe quod ex Paulo ſcriptum eſt in *l. ſi legatarius 8. §. vltim. de legat. 3.* Cùm ita petiiſſet teſtator vt quicquid ex bonis eius ad patrem perueniſſet, pater filiæ ſuæ ſic reſtitueret, vt eo amplius haberet filia quàm ex bonis paternis habitura eſſet, Diuum Pium reſcripſiſſe manifeſtum eſſe de eo tempore ſenſiſſe teſtatorem, quòd poſt mortem patris futurum eſſet. Id enim rationem aliam habet, planéque diuerſam, Nempe quòd teſtator fideicommiſſi præſtationem retuliſſet ad tempus illud quo filia partem ſuam eſſet habitura ex bonis paternis, in quibus tamen certum erat nihil habere illam poſſe viuo patre *l. 1. §. ſi impubere. D. de collat. bonor.* At in eo caſu quem tractat Scæuola nihil eſt ex quo conici poſſit collatum fuiſſe fideicommiſſum in tempus quo pater fideicommiſſarij moreretur. Quare nec reſpondet Scæuola, Aptandum eſſe fideicommiſſum ad tempus, quo pater, ſed ad illud quo nurus morietur. Aptiſſimè verò *aptandi* verbo vſus eſt Scæuola quia fit hoc per interpretationem verborum illorum *facias ad filium peruenire* quæ ad nullum tempus certum relata ſunt, & idcirco commodiſſimè interpretationem illam recipiunt, vt aptentur ad tempus mortis nurus, quaſi relicto fideicommiſſo non quidem ſub condicione, ſed in diem incertum, per verba habentia tractũ tẽporis incerti, quę cùm poſſint extendi in tempus, quo nurus morietur non priùs eam obligant, vt reſtituat hereditatem, quàm ipſa deceſſerit, Cùm quandiu viuit, poſſit facere vt bona perueniant ad filium, Tum verò deſinat poſſe facere cùm ipſa moritur: Vt proinde nihil ei nocere debeat vt fideicommiſſum citiùs præſtare cogatur, quòd filius antè factus ſit ſui iuris. Sufficit enim vt quandoque voluntati teſtatoris ſatisfaciat, dum ne tardiùs quàm teſtator voluit. Non ſecus acſi datum eſſet fideicommiſſum *cùm volet:* quo caſu cenſetur vtique datum poſt mortem *d. l. vxorem §. Scæuola pen. de leg. 3.* Quare nec aliud reſponſurũ fuiſſe Scæuolam putarem etiamſi poneres neque patrẽ, neque auum vllum paternum huic teſtatricis nepoti ſupereſſe, in cuius eſſet ille poteſtate.

ERROR NONVS.

De emendatione & ſententia l. ſi heres inſtitutus 70. D. ad SC. Trebell.

QVod video tam conſtanter placere interpretibus noſtris, Inutile eſſe fideicommiſſum quo quis obſtringitur erga eum, qui & ipſe rogatus ſit eandem hereditatem eidem perſonæ à qua acceperat purè ſtatímque reddere, ideóque benigna interpretatione ſic accipiendum poſte-

Digitized by Google

rius vt videatur prior fideicommiſſarius rogatus de reſtituendo poſt mortem demùm ſuam *ex l. epiſtolam* 75. *§.1.D. ad SC. Trebell.* de cuius ſententia proximè diximus. Facilè mouet me vt ſuſpicer corruptum fuiſſe ab aliquo interprete textum Pomponij in *l. ſi heres inſtitutus* 70. *in princip. eod. tit.* vbi ſcriptũ legimus, Si heres inſtitutus rogatus fuerit hereditatẽ reſtituere Titio, & rurſum Titius heredi poſt tempus, ſufficere, directas actiones heredi. Cur enim addidiſſet Pomponius verba illa *poſt tempus*? An quòd aliud iuris eſſe putauerit, ſi Titius fideicõmiſſarius hereditatem heredi reſtituere non poſt tempus, ſed purè rogatus ſit? Nã & ita Caſtrenſis noſter ad eum locum interpretatur. Atqui non puto dubitandũ, quin hoc caſu directæ actiones ſufficiant heredi, nec ei neceſſariç ſint vtiles, quas nec habere poteſt qui directas habet, cùm in eadẽ perſona & eodẽ reſpectu directę & vtiles nequeant conſiſtere: Præualentibus ſcilicet directis, quæ ſi poſt vtiles acquiſitas ſuperuenirent, vtiles extinguerẽt tanquã vtilibus digniores & potentiores. Eo nimirum iure, quo maior & principalior obligatio tollit minorem *l. ſi reus* 13. *D. de duob. reis. l. ſi duo* 93. *verſ. ſed etſi reus. D. de ſolut.* Sunt igitur verba illa vel ſine effectu, vel ab interprete addita, qui exiſtimabat idipſũ quod cæteri, Non poſſe valere fideicõmiſſũ quod quis ei præſtare iubeatur, à quo illud ipſum ſtatim recepturus ſit, tãquã quod nõ niſi momẽto eſſet duraturũ vt Caſtrenſis loquitur, Exẽplo fortaſſis eius, quod dici ſolet, Nõ alienari nũmos qui ſic dantur vt ſtatim recipiãtur, Et eum, qui ſic ſoluit vt ſtatim recipiat, minimè liberari *l. qui ſic ſoluit* 53. *eod. tit. De ſolut.* Nã ſi primũ fideicõmiſſum non valeret, vtique nec ſecundum valere poſſet, quod à priore fideicõmiſſario præſtari teſtator voluit, & directæ actiones quæ in perſona heredis inſtituti eiuſdémque ſecundi fideicommiſſarij remãſiſſent, efficaces quidẽ eſſent, at non tam ex vi & poteſtate poſterioris fideicommiſſi quod euaneſceret ſanè primo nõ ſubſiſtente, quàm quia nunquam deſiiſſent illæ efficaces eſſe per reſtitutionẽ factã Titio ex fideicõmiſſo inutili: Reſtitutionẽ enim vtiliter & ex Trebelliano factã eſſe neceſſe eſt, vt iura omnia directa tam actiua quàm paſſiua remaneant inefficacia propter tranſlatas in fideicõmiſſarium vtiles actiones *l. 1. l. ita tamen* 27. *§. qui ex Trebell. & paſſ. D. ad SC. Trebell.* At Põponius cùm ait directas actiones ſufficere heredi, haud dubiè ſic intelligit vt ſufficiant poſt reſtitutionem ei factam à Titio, ſupponítque reſtitutam fuiſſe Titio hereditatẽ ab herede inſtituto, & ex ea reſtitutione trãſlatas fuiſſe in Titiũ vtiles actiones Senatuſcõſulti poteſtate. Alioqui quænã obſecro dubitãdi ratio adferri poſſet, propter quã nõ viderẽtur ſufficere directę quæ & ab initio efficaces fuiſſent, & nũquã eſſe deſiiſſent? Supponit igitur valere prius fideicõmiſſũ itémque poſterius, cùm ſi alterutrũ eſſet inutile nullus quæſtioni locus relinqueretur. In eóque cõuenit mihi cũ interpretibus cæteris omnibus: Sed non in eo quod addunt neceſſariò ponendũ eſſe ꝙ rogatus ſit Titius de reſtituenda heredi inſtituto hereditate poſt tempus vt fideicõmiſſũ Titio relictũ valere poſſit. Veriſſimum enim eſt quod pręcedenti capite ꝓbauimus, Perinde valere fideicõmiſſũ relictũ Titio, etiãſi Titius eãdẽ hereditatẽ heredi ipſi purè reſtituere rogatus ſit, atque ſi poſt tẽpus reſtituere iuſſus eſſet. Quid enim eſt quod poſſit impedire? An quod Caſtrẽſ. ait ex cæterorum ſententia momento duntaxat duraturũ eſſet in perſona Titij? Hoc verò primùm falſum eſt. Durabit enim tanto tẽpore quantũ intercedere continget inter reſtitutionẽ factã Titio, & eã quã à Titio fieri oportebit. Quod tẽpus plerũque longũ eſt, ſiue propter negligentiam

Digitized by Google

negligentiã poſterioris fideicommiſſarij non petentis fideicõmiſſum quamuis præſenti die datũ, vt *in l.mulier 22.§.ſi heres.D.eod.* vbi additur quod magis eſt, fruct⁹ medio illo tẽpore perceptos à grauato vſque adeò ei acquiri vt nec imputẽtur in Trebellianicã, quaſi q nõ ex iudicio teſtatoris, ſed ex ſola negligentia nõ petentis percepti ſint, ſiue propter contumaciã heredis aut alterius grauati latitãtis nec patientis ſecum agi de fideicõmiſſo vt in *l.ſancimus pe. ad fin.C.eod.* Siue denique alia qualibet ratione fiat ne tam citò præſtetur fideicõmiſſum. Poſſunt enim variæ cauſæ interuenire ne præſtetur incõtinẽti quãuis purè ſit relictũ. Propter quas prudẽtibus sẽper placuit, etiam de præſenti legato & fideicõmiſſo locũ habere ſatiſdationem illã prætoriam quæ præſtanda eſt ex illa parte edicti quâ Prętor edicit vt legatorũ ſeu fideicõmiſſorũ nomine caueatur *l. etiã 15. in prin. iti. ti. Vt legat. ſeu fideic. nom. caueat.* Vnde petẽda ratio eſt eius quod Scæuola reſpõdit *in l. vxorem 41.§. vlt. de legat. 3.* Cùm quis heredis ſcripti fideicõmiſiſſet vt Seiæ vxori vniuersã reſtitueret hereditatẽ, & vxoris rurſum fidei in hæc verba cõmiſiſſet: *A te Seia peto vt quicquid ad te ex hereditate mea peruenerit reddas, reſtituas infanti meæ dulciſſimæ. A qua Seia ſatis exigi veto, cùm ſciã eam potiùs rẽ aucturã quàm detrimento futurã:* poſſe Mæuiã ſtatim fideicommiſſum à Seia petere, nec quicquam proponi cur nõ poſſit. Cõtrariũ enim ſuadere illud videbatur quod à Seia rogata ſatis exigi teſtator vetuerat, & cauſam adiecerat, quòd ſciret eam potiùs rem aucturam. Quomodo enim augere poſſet quæ fideicommiſſum confeſtim & incõtinenti reſtituere deberet? Sed bene vidit Scæuola nihil repugnare quominùs etiam purè dato fideicõmiſſo verba illa aptari poſſint, cùm etiam pro puro legato & fideicõmiſſo ſatiſdari ex edicto debeat *d.l. etiam,* quod nec Accurſius nec Bartolus ignorarunt. Falſum igitur eſt quod pro vero noſtri habent, Non niſi momento duraturũ fideicõmiſſum quod Titio relictũ eſſet, rogato & ipſi purè vt heredi reſtitueret, ob idq; eſſe inutile: cùm neceſſariò duraturũ ſit in eũ vſque diẽ quo nõ ſolùm petatur, ſed etiã reſtituatur. Erat .n. fideicõmiſſi reſtitutio neceſſaria omni caſu tẽporib. Scęuolæ ſiue re, ſiue verbo, reſtitueretur hereditas *l. reſtituta 37. l. facta 63. in princ. D. ad SC. Treb.* nec minùs ſi primus fideicõmiſsarius, quàm ſi heres ipſe rogatus eſset vt alteri hereditatẽ reſtitueret. vt *in l.1.§. de illo quæritur & §. inde Neratius, l. ſi patroni 55.§. qui fideic. eo.* Solùmq; de illo dubitabatur quomodo poſset eo caſu fieri tranſlatio actionũ à fideicommiſsario in fideicõmiſsariũ, cùm prior fideicõmiſsarius non haberet niſi vtiles, nec de alio locutũ eſset Senatuſcõſultũ Trebellianũ, quàm de eo cui heres ſcriptus hereditatẽ reſtituere rogatus eſset. Ideóque dubitationis huius tollendæ gratia Iuſtinianus tandem conſtituit *in d.l. pen. C. eod.* vt ea tranſlatio actionũ ipſo iure fiat hoc caſu, quemadmodum & cùm heres rogatus latitat, aut deceſſit abſque herede. Cæterùm non eò minùs petendum fideicõmiſsum eſt, quia etſi fideicommiſſi reſtitutio non tantùm ſolutio ſit, ſed etiam ſucceſſio, quæ fideicommiſsarium obligat æri alieno *l. non enim 38. D. eod.* eueniret alioquin vt ignorans & inuitus quis obligaretur ex fideicommiſso quod ad ſe pertinere nollet: Quod adeò abſurdùm eſset, vt nec ſi ſeruo meo iuſsus aliquis ſit hereditatem reſtitueret, poſſit tamen ea reſtitutio fieri me inuito aut ignorante *l. ſeruo 65. in princip. eod.* Ne ſcilicet æri alieno per ſeruum meum obliger vel inuitus, vel ignorans *l. qui in aliena 6. D. de acquirend. heredit.* Proinde ad rem non pertinet ſi quis obiiciat, Non alienari nummos qui ſic dantur vt ſtatim recipiantur, neque ex ſolutione ſic facta liberationem contingere *d.l. qui ſic ſolui 53. D. de ſolut.* Nec enim

Digitized by Google

heres qui de hereditate Titio reſtituenda rogatus eſt eam legem reſtitutioni poteſt dicere vt eadem hereditas ſibi ſtatim reſtituatur, quamuis æquè Titius de eadem hereditate eidem Titio reſtituenda purè grauatus fuerit, ſed fideicommiſſum à ſe relictum purè reddere debet, petiturus poſtea illud quod ſibi quoque purè debitum eſſe contendat, vt voluntati teſtatoris in omnibus,& per omnia ſatisfiat. Tantúmque diſtat vt verè dici poſſit quod volunt interpretes, Ex poſteriore fideicommiſſo quod Titius heredi purè reddere debeat, impediri validitatem primi, quod ab herede primùm Titio præſtari teſtator voluit, vt non aliter poſſit ſecundum valere quàm ſi primum valeat. Quomodo enim poſſet Titius reſtituere id quod numquam habuiſſet? Aut quomodo fieri actionum tranſlatio à perſona primi fideicōmiſſarij in perſonam ſecundi ſi actiones nullæ primi in perſona vnquam conſtitiſſent? Rurſum quomodo conſtitiſſent ex inutili fideicommiſſo? Cùm neque ſufficere poſſit ad actionum tranſlationem vt fideicommiſſum vtiliter datū ſit, niſi etiam illud cōcurrat vt fuerit vtiliter reſtitutū? *l. ſi mulier 59. §. ex aſſe D. de iur. dot.* Ergo vel ob hoc ipſum vt poſterius fideicommiſſum valeat, de quo nec dubitant noſtri quin valere debeat, fatendum neceſſariò eſt prius quoque valere vt actionum tranſlatio fieri poſſit, ſi poſterior fideicommiſſarius alius ſit quàm ille ipſe qui priore fideicommiſſo grauatus eſt vel haberi pro facta directis actionibus efficaciam ſuam reſumentibus quā amiſerant per reſtitutionē. Tam enim difficile eſt vt directæ actiones quæ in perſona heredis grauati remāſerant fiant ex inefficacibus efficaces poſt priorem reſtitutionem, quàm vt ex ſecundo fideicommiſſo transferantur: vtiles in perſonam alterius fideicommiſſarij cuiuſlibet. Et vtroque caſu neceſſe eſt vtrumque fideicommiſſum valere, & ex vtroque fieri duplicem reſtitutionem, aut haberi ſaltem pro facta: Quamuis minus ſit dicere actionem eſſe efficacem quàm vtilem, quoties aliqua ſubeſt iniquitas quæ efficaciam actionis retundere debeat: Quaſi efficax actio æſtimanda ſit ex iuris poteſtate. Vtilis verò ex effectu,& vtilitate quam adfert *§. 1. & §. præterea debit r Inſt. de except.* Sed etſi verum illud eſſet, Non niſi momento durare poſſe fideicommiſſum quod quis heredi à quo iam accepit, ſubinde ſtatímque reſtituere teneatur, Eadem ratio facere deberet vt perinde inutile habendum eſſet, tametſi nō illi ipſiā quo pręſtitū fuiſset reddi id oporteret, ſed alij cuilibet. Cùm nihil poſſit referre cui reſtituatur fideicommiſsum, quod omnimodo & omni caſu purè ſtatímque reſtituendum eſt, nec eo magis poſſit durare in perſona prioris fideicommiſsarij, quod alij reſtituendum ſit, quàm ei qui prior dedit. Et tamen non eſt ex interpretibus, qui non fateatur valere fideicommiſsum quamuis purè relictum ab eo qui ab alio illud acceperit, adeò vt nec tacitā vllam dilationem & condicionem ex ea cauſa ſumere debeat, cùm ex verbis ſit purum; quod & nominatim fatetur Caſtrenſ. *ad d. l. heres ex l. 1. D. de condic. & demonſtr.* Quod verò pro erroris ſui confirmatione noſtri adferunt, *ex l. epiſtolam 75. §. 1. D. ad* S*C. Trebell.* quàm abſurdū ſit, iam docuimus capite ſuperiore. Nec minùs miror quod tradit Caſtr. *ad d. §. 1.* alios eſſe duos caſus in quibus fideicommiſſum purè relictum non tamen niſi poſt mortem deberi intelligitur: Vnum *in l. Pamphilo 39. in princip. de leg. 3. Alterum in l. vxorem 4. §. vlt. eod.* quod ſanè falſum eſt. Nam *in dict. l. Pamphilo* non quæritur an fideicommiſſum purè datum ſit an poſt mortem, ſed an aliquod induci poſſit ex illis verbis, *Scio omnia, quæ tibi Pamphile relinquo ad filios meos peruentura.*

tura. Cúmque reſpondiſſet Scæuola præciſè nullum ex iis verbis fideicommiſſum deberi, Tribonianus duriorem eam ſententiam eſſe arbitratus, ſic immutauit reſponſum Scæuolæ, vt ex verbis quidem nullum fideicommiſſum Pamphilo iniunctum videatur, ſed aliud tamen dicendum ſit ex ſentẽtia teſtatoris, Exemplo eius quod in ſpecie ſimili, vt quidem Tribonianus putat, ſed vt nos arbitramur omnino diſſimili Imper. Marcus reſcripſit, de qua *in l. vnum ex familia 67. §. vlt. de legat. 2.* Totum enim Scæuolæ reſponſum illud à Triboniano deprauatum fuiſſe certum eſt, neque dubitabit qui ea legerit quæ nos in eam rem contra Tribonianum ſcripſimus in libris Coniecturarum. Hoc autem admiſſo vt in ſupraſcripta ſpecie fideicommiſſum aliquod inducatur ſiue ex verbis, ſiue ex ſententia teſtatoris, Mirum non eſt quod poſt Pamphili duntaxat mortem debeatur, quia non purè datum videri poteſt, ſed in diem propter verba illa *ſcio peruentura* quæ tractum temporis habent *arg. l. fideicommiſſa 11. §. hæc verba & ſeq. de legat. 3.* non minùs quàm ea quibus vſa teſtatrix fuerat *in d. l. epiſtolam §. 1. facias peruenire* cùm ad implendam voluntatem teſtantis qui certum tempus nullum præſcripſit, vt bona quandocunque perueniant ad fideicommiſſarium. Satis ergo erit ſi perueniant poſt mortem rogati quemadmodum ſi rogatus eſſet reſtituere hereditatem *cùm vellet* vt ad ſuperioris capitis finem obſeruauimus *ex d. l. vxorem §. penult.* Sed quod aliud exemplum petit Caſtrenſ. *ex d. l. vxorem §. vlt.* quaſi in ea ſpecie fideicommiſſum purè datum, poſt mortem tamen præſtandum ſit, omnino improbabile eſt. Aperta enim ſunt verba Scæuolæ, Statim reddendum Mæuiæ fideicommiſſum, quod à Seia relictum fuerat, cùm de hoc ipſo quæreretur an ſtatim reddendum eſſet, an poſt mortem demum Seiæ, vt ſuprà explicauimus.

ERROR DECIMVS.

De ſententia l. pen. §. 1. C. ad SC. Trebell. & l. 1. §. de illo quæritur D. eod.

NEc illud rurſus verum eſt, quod Caſtrenſis ſentit ad *d. l. ſi heres*, nulla eſſe opus reſtitutione vt actiones directæ quæ remanſerunt penes heredem rogatum de reſtituenda Titio hereditate, fiant efficaces ex fideicommiſſo, quo Titius erga heredem ipſum oneratus fuit: Ne quidem inſpecto eo iure, quod Iuſtinianus conſtituit *in d. l. ſancimus.* Etſi enim fecit eo loco Imperator vt ipſo iure tranſeant actiones in ſecundum fideicommiſſarium, non ideò tamen fecit vt nulla reſtitutione opus ſit. Cauſam ſiquidem nouæ conſtitutioni dedit vetus quæſtio inter ipſos quoque prudentes iam olim agitata, Quę non de illo erat, An fideicommiſſarius rogatus de hereditate reſtituenda fideicommiſſum reſtituere deberet, aut an ſine reſtitutione transferre actiones poſſet, ſed an reſtituendo transferret actiones, vt conſtat ex Vlpiano *in l. 1. §. de illo quæritur D. ad SC. Trebell.* quem refert Iuſtin. *in d. l. ſancimus*, vbi nec de reſtitutione loquitur Imp. ſed de tranſlatione actionum, quam vult ipſo iure fieri, id eſt ſola illius legis poteſtate, potiùs quàm vi reſtitutionis. Cùm anteà dubitaretur, nec abs re, an poſſet reſtitutio à priore fideicommiſſario facta ac proinde tùm quoque cùm fiebat, eam

vim habere, vt in ſecundum fideicommiſſarium transferret actiones: Nem-
pe quoniam Senatus ex cuius authoritate translationem illam fieri neceſſe
eſt, de ea tantùm reſtitutione locutus fuerat quæ facta eſſet per heredem,
non de ea quæ per fideicommiſſarium, vt ex Senatuſconſulti verbis apparet:
Item quòd prior fideicommiſſarius cùm non ſit ipſe heres ſed tantùm here-
dis loco non tam videtur rogari poſſe vt hereditatem reſtituat, quàm vt res
ipſas hereditarias: quomodo loquitur Iuſtin. *in d. l. ſancimus.* Quod tamen
longè diuerſum eſt, Cùm ex ſingularum rerum reſtitutione actiones tranſire
non poſſint *l. cogi 16. §. 1. verſ. & generaliter D. eod.* Imò verò vt Trebelliano
locus ſit non ſufficit rogatum quem eſſe de reſtituenda hereditate, niſi etiam
illud concurrat vt rogatus ſit quaſi heres *l. mulier 22. §. vlt. eod.* Sed tamen iam
olim & ante ſupradictam Iuſtiniani conſtitutionem obtinebat, vt per reſti-
tutionem quam primus fideicommiſſarius ſecundo faceret, actiones tranſ-
ferrentur, eſſétque in hac etiam ſpecie Trebelliano locus, quaſi parùm refe-
rat ad inducendum Trebellianum, an quis rogatus ſit tanquam heres, an tan-
quam is qui ſit heredis loco *d. l. 1. §. bonorum. & d. §. de illo quæritur & §. inde Ne-
ratius eiuſd. l. 1. & l. ſi patroni 55 §. qui fideicommiſſum D. ad SC. Trebell.* Nec eo
minùs tamen verum eſt nouum ius factum eſſe à Iuſtiniano: Non in eo qui-
dem quod conſtituit vt actiones tranſeant à primo fideicommiſſario in ſe-
cundum, ſed in eo quod fecit vt tranſeant ipſo iure: Id eſt non vt interpretes
vulgò explicant, ſine vlla reſtitutione, ſed ſola legis non, vt antea, reſtitu-
tionis poteſtate, quamuis reſtitutionem perinde atque olim fieri hodiè ne-
ceſſe ſit: Quidni enim fiat cùm fieri commodè poſſit? In eóque differt hic
caſus ab aliis duobus qui eadem Iuſtiniani conſtitutione comprehendun-
tur, quorum vnus eſt ſi quis hereditatem reſtituere iuſſus ſit, & dolo malo
ſiue poſt litem conteſtatam, ſiue antea ſeſe contumaciter celauerit: Alter eſt
Si ſuppoſitus fideicommiſſariæ reſtitutioni antequàm reſtitueret heredita-
tem ab hac luce ſit ſubtractus nullo herede vel ſucceſſore relicto. Nec quod
hos tres caſus Iuſtiniani conſtitutio iungat, quaſi in omnibus idem ius con-
ſtituatur, ad rem pertinet. Iunguntur enim vt ſimiles fiant in eo, quod in
omnibus tranſlatio fit actionum ipſo iure, at non in eo ſimiliter, vt nulla ſit
opus reſtitutione. Nam in ſupradictis quidem caſibus nulla reſtitutione o-
pus eſt, quia deficit perſona quæ poſſit reſtituere, nec ideò tamen fideicom-
miſſum intercidere oportet. At in tertio & vltimo caſu cùm fideicommiſſa-
rius cui reſtituta eſt ex Trebelliano ſenatuſconſulto hereditas, alij per fidei-
cõmiſſum iuſſus fuit reſtituere res hereditarias, nihil eſt quod impediat quo
minùs reſtitutio fiat: Nec proinde cauſæ quicquam fuit cur reſtitutionis ne-
ceſſitatem Iuſtinianus tolleret, ſed cùm poſſet dubitari & dubitaretur quo-
modo per eam reſtitutionem poſſet fieri tranſlatio actionum, Iuſtinianus,
vt dubitationem omnem tolleret, conſtituit vt hoc quoque caſu non minùs
quàm cæteris duobus tranſlatio illa fieret ipſo iure, ſed non eodem modo.
Hoc enim caſu reſtitutionem interuenire neceſſe eſt, non tanquam cauſam
efficientem vt olim, ſed tanquam condicionem ſine qua non, aliis verò ca-
ſibus nulla reſtitutio neceſſaria eſt: Denique nullo iſtorum caſuum tranſla-
tio fit ope & auxilio reſtitutionis ſed ipſo iure, non tamen ſine reſtitutione
tertio caſu. Et idcirco cautè Tribonianus *in d. l. ſancimus,* non de reſtitutione
loquitur, ſed tantùm de tranſlatione actionum. Feſellit interpretes quod

quod putarunt paria eſſe iſta Transferri actiones ipſo iure, & Transferri abſque reſtitutione: quod non ita eſt. Nam quoties quidem transferuntur abſque reſtitutione, neceſſe eſt vt transferantur ipſo iure, cùm nihil ſit præter legis poteſtatem quod poſſit ſupplere factum hominis *l. vlt. C. Si man. ip. ita fuer. alien.* At non ſimiliter è contrario dici poteſt, quoties actionum translatio fit ipſo iure, non eſſe neceſſarium factum hominis, in hereditate reſtituenda. Cur non enim patiatur lex & requirat interuenire factum hominis, cùm id fieri commodè poteſt? Aut quis non videt Iuſtinianum *in d. l. ſancimus*, hoc tantùm agere vt ius vetus, hac parte augeat, & certum faciat quod dubium credebatur, non item vt corrigat quod certi iuris erat. Porrò nemo vnquam ex prudentibus dubitauit quin hoc caſu neceſſe eſſet interuenire reſtitutionem. Ergo neque id Iuſtinianus abrogauit, vt noſtri vulgò malè putant, qui quod ſcriptum eſt *in d. §. de illo quæritur*, hodie in hoc correctum volunt. Malè quoque Accurſius noſter ad *d. l. ſi heres* putat redire actiones vtiles ad heredem poſt reſtitutionem ei factam à fideicommiſſario, quaſi de illo tantùm quærendum ſit An redeant ſublata ipſo iure exceptione quæ antea faciebat illas inutiles, An ope replicationis. Non enim redeunt ſed extinguuntur, quia nec iis indiget heres cui actiones directæ ſufficiunt vt lex ait. Rectiùs itaque & meliùs Caſtrenſis, extinctionem illam vtilium actionum pro earum tranſitu eſſe ait. Cæterùm quemadmodum actiones vtiles non transferrentur à primo fideicommiſſario in ſecundum ſine reſtitutione, vt diximus, ita neque actiones illæ directæ quæ penes heredem remanſerant, priùs fieri poſſunt & reddi efficaces, quàm ei reſtituta ſit hereditas à fideicommiſſario cui prior ille reſtituerat. Alioqui paullatim eò tandem abſurditatis decurremus, vt in hoc caſu translatæ actiones intelligantur adeò ipſo iure, vt neque fideicommiſſum peti neceſſe ſit. Quòd ſi quis diceret, faceret vtique fideicommiſſarium non modò ignorantem ſed etiam inuitum, & conſequenter obſtrictum æri alieno. In eóque hallucinatus videtur Bald. *ad d. l. pen. §. 1. num. 3. in fin.* cùm ait, In fideicommiſſario vniuerſali rogato ſufficere non ſolùm quamlibet interpellationem extraiudicialem, ſed etiam ſolum diei lapſum vel condicionis euentum, ad conſtituendum in mora fideicommiſſarium rogatum: Quod euidenter certè falſum eſt, cùm probabiliter poſſit ignorare primus fideicommiſſarius an ſecundus agniturus ſit fideicommiſſum etiam cuius dies vel condicio iam venerit quandiu ſecundus fideicommiſſarius voluntatem ſuam non declarauit arg. *l. ſi ſibi homo 86 §. cùm ſeruus de leg. 1. l. 4. l. ſi poſtulante 67. & paſſ. D. ad SC. Trebell.* Cùm igitur neceſſe ſit fideicommiſſarium voluntatem ſuam declarare, quòd velit eſſe fideicommiſſarius, tùm quoque cùm perſona nulla eſt à qua petere fideicommiſſum poſſit, ea verò declaratio nihil aliud ſit quàm perſecutio fideicommiſſi, cùm adeſt perſona quæ fideicommiſſum præſtare ac reſtituere queat, An non prorſus conſequens eſt vt fieri neceſſariò debeat reſtitutio, cùm fieri commodè poteſt? Neque enim lex vnquam ſupplet factum hominis niſi ex neceſſitate, cùm perſona nulla eſt, quæ poſſit facere id quod neceſſariò faciendum eſt. Sanè ratio, quam ſupradicto loco adfert Baldus, vt probet reſtitutionem hoc caſu neceſſariam non eſſe, omnino inepta eſt:

Ait enim cùm prior fideicommiſſarius rogatus eſt vt hereditatem alij reſtituat purè, non videri electum illum niſi tanquam miniſtrum, & ideò nullum debere commodum apud ipſum remanere, Ex *l. pecunia 8. vbi gloſ. de alim. & cib. r. legat. l. ſi quis Titio 17. de legat. 2.* Nam ſi ita eſſet, conſequens fieret vt nullæ actiones in priorem fideicommiſſarium tranſirent ex reſtitutione facta per heredem, quia non in alium tranſire poſſunt ex Senatuſcõſulto, quàm in eum qui ſit fideicommiſſarius, quíque poſt reſtitutionem poſſit eſſe heredis loco *l. 1. & 2. & paſſ. D. ad SC. Trebell.* Adeóque nec permitteretur ei petere fideicommiſſum, ſi nudus miniſter & executor eſſet *l. Lucius 78. §. 1. eod.* Denique nullo caſu poſſet commodum vllum ex hereditate retinere, quod tamen falſum eſt. Quartam enim deducere poteſt, ſi fortè heres reſtituerit ei hereditatem non retenta quarta vt ei ſoli faueret *d. l. 1 §. inde Neratius.* Ideóque dubitatum eſt apud Papinianum, An ſi prior ille fideicommiſſarius heredem qui ſuſpectam dicebat adire coegerit, atque ita ex Trebelliano hereditatem totam receperit, totam quoque reſtituere teneatur poſteriori fideicommiſſario *d. l. ſi patroni 55. §. qui fideicommiſſum D. eod.* Cui tamen quæſtioni locus nullus relinqueretur ſi priorem fideicommiſſarium non niſi pro miniſtro haberi oporteret: Sicuti nec illud verum eſſet quod in eodem §. ait Papinianus, priorem hunc fideicommiſſarium teneri vt præſtet legata, ídque non vltra dodrantem & quidem ex perſona heredis, teneri verò vt ſecundo fideicommiſſario præſtet fideicommiſſum, tanquam proprio nomine precibus defuncti ad id obſtrictus: Sed etſi verum eſſet, quod vult Baldus nihil cõmodi remanere penes illum debere, neque habendum eum niſi pro miniſtro, perinde tamen factum eius & miniſterium neceſſarium eſſet in reſtituenda alteri hereditate, vt hereditas reſtitueretur ex teſtamento & eo ipſo modo quo teſtator reſtitui voluiſſet: Alioqui actiones trãſferri non poſſent in ſecundum *l. ſed ſi alio 9. §. vlt. & l ſeq. eod. tit. l. ſi mulier 59. §. ex aſſe D. de iur. dot.* Non enim perueniret hereditas ad ſecundum fideicommiſſarium eo modo quo teſtator voluit ſi non per miniſtri manus perueniret. Eadémque ratio facit vt verum eſſe non poſſit, quod ex Ioanne ſcribit Bart. *ad d. §. de illo,* eo demùm caſu reſtitutionem fideicommiſſi neceſſariam eſſe ad actiones trãſferendas, quo rogatus ſit prior fideicommiſſarius hereditatem alteri reſtituere in diem vel ſub condicione, & reſtituere illam velit ante diei lapſum vel condicionis euentum. Nam nec ſi heres ipſe rogatus eſſet hereditatem ſimiliter in diem vel ſub condicione reſtituere, quicquam tamen ageret reſtituẽdo ante diem vel condicionem *l ſed ſi ante 10. eod.* quia ſcilicet non reſtitueret eo ipſo modo quo teſtator reſtitui voluit, vt bene Caſtrenſis contra gloſſam diſputat *in d. l. ſancimus in fin.* Non ergo poteſt de hoc caſu ſenſiſſe Vlpianus *in d. §. de illo,* Cùm ſcribit priorem fideicommiſsarium reſtituendo poſteriori transferre actiones. Neque rurſus verum eſt quod ibidem Bartolus poſt gloſsam tradit: Tunc non eſse neceſsariam reſtitutionem, & tranſire actiones abſque reſtitutione, cùm prior fideicommiſsarius fuit in mora reſtituendi *ex d. l. ſancimus:* Quaſi differentia inter heredem & fideicommiſsarium cùm quæritur de transferendis ex Trebelliano citra reſtitutionem actionibus, tota in eo ſit, quod heredis non tantùm moram exigimus, ſed etiam abſentiam, Fideicommiſsarij verò moram ſolam licèt ipſe ſit præſens. Nam præter id quod Iuſtinianus *in d. l. ſancimus §. 1.* nihil de prioris fideicommiſſarij mora exprimit, tantum abeſt vt eam requirat. Certum eſt moram fidei-

commiſ-

Digitized by Google

commiſſarij facere potius debere vt reſtituere cogi debeat. Cùm enim non poſſit eſſe in mora reſtituendi niſi habeat priùs reſtituendi facultatem *l. ſciendum* 21. *D. de vſur.* nulla certè ratio eſt cur ei poſt moram faueamus, ne cogatur reſtituere hereditatem quam reſtituere commodè poſſit. Neque verò alia de cauſa credendum eſt conſtitutum fuiſſe à Iuſtiniano *in d. l.* §. 1. vt herede per contumaciam abſente, aut defuncto ſine ſucceſſore actiones ipſo iure tranſeant in fideicommiſſarium & ſine reſtitutione, quàm quia non ſit eo caſu perſona aliqua quæ poſſit reſtituere. Quo exemplo non dubitarem ſi prior quoque fideicommiſſarius aut per contumaciam abſens, aut ſine ſucceſſore defunctus proponeretur, idem iuris admittendum eſſe in priore fideicommiſſario quod in herede, Vt tranſirent ipſo iure actiones in poſteriorem fideicommiſſarium abſque reſtitutione, Quoniam eadem hîc ſubeſſet neceſſitas iuris noui ad hunc quoque caſum extendendi, Cùm reſtitutio quæ eſt facti & præſentiam & factum omnimodo requirat eius qui debet reſtituere, Aequum autem non ſit ex dolo & contumacia ſiue heredis ſiue prioris fideicommiſſarij damnum pati eum ad quem teſtator hereditatem ſuam peruenire voluit, quod neque fieri poſſet citra iniuriam defuncti, cuius voluntas haud dubiè ſeruanda & implenda eſt, quantum fieri poteſt. Itaque non eſt ſeparandus hac parte prior fideicommiſſarius ab herede, quomodo noſtri malè ſeparant, ſed ſeparandi ſunt primùm caſus ij in quibus nulla poteſt fieri reſtitutio deficiente perſona quæ poſſit reſtituere, ab illis in quibus reſtitutio fieri commodè poſſit. Vt in illis non tantùm ipſo iure tranſeant actiones, ſed etiam ſine reſtitutione, Poſteriore verò caſu tranſeant quidem æquè ipſo iure ſed per mediam reſtitutionem, Quamuis non vi reſtitutionis, ſed poteſtate conſtitutionis Iuſtiniani *in d. l. ſancimus* §. 1. cùm olim ea translatio fieret vi reſtitutionis ex receptiore prudentum ſententia, quam licet corrigere Iuſtinianus noluerit, quia tamen vidit fuiſſe olim hanc quæſtionem controuerſam quod nonnulli ex prudentibus fortaſſis crederent (nec enim eiuſmodi ſententia vlla in libris noſtris extat) Senatuſconſultum Trebellianum, neque de hoc caſu locutum eſſe, neque ad hunc caſum porrigi poſſe, Dubitationis totius tollendæ gratia conſtituit vt ipſo iure hoc etiam caſu tranſeant actiones ex Trebelliano. Ergo non ſine reſtitutione: Nec enim poteſtas Senatuſconſulti excludit reſtitutionem hereditatis, quam è cõtrario in neceſſarium antecedens præſupponit. Omnis ſiquidem actionum translatio in fideicommiſſarium ſicut non niſi ex Senatuſconſulti Trebelliani authoritate fieri poteſt, ita neque aliter quàm per reſtitutionem. At non ſimiliter è conuerſo omnis reſtitutio hereditatis facta ex teſtamento, adeóque eo ipſo modo quo teſtator voluit, ſufficiens eſt ad inducendam translationem actionum, ſi non prætereà concurrat authoritas ſenatuſconſulti. Quæ porrò in propoſita ſpecie deficere videbatur deficientibus verbis quibus nihil expreſſum erat niſi de herede rogato, & de actionibus ab herede in fideicommiſſarium transferendis, non ab vno fideicommiſſario in alium. Indéque factum eſt vt neceſſaria viſa ſit illa conſtitutio in fauorem non primi, ſed ſecundi fideicommiſſarij, quaſi ad ſupplendum quod deerat Senatuſconſulto: Et in hoc vno ponenda differentia eſt inter heredem & fideicommiſſarium grauatos, quòd licèt vterque cogẽdus ſit reſtituere, ſi preſens ſit & reſtituendi habeat facultatem, Reſtitutio tamen quæ fit ab herede per ſe ſufficiens eſt ad transferẽdas actiones, id eſt ſine auxilio conſtitutionis

Iuſtinianeæ, cùm fiat ex authoritate Senatuſconſulti quæ nullum dubitationi locum relinquit. Reſtitutio autem quæ fit à priore fideicommiſſario, quia non habet tam apertè comitem authoritatem Senatuſconſulti non eſt per ſe ſufficiens ad transferendas actiones ſi Iuſtiniano credimus qui idcircò conſtituit vt etiamſi prior fideicommiſſarius hereditatem reſtitueret, non tamen tranſirent actiones vi reſtitutionis ſed ipſo iure. Contrà quàm prudentibus olim viſum eſſet, qui dubitandi cauſam quidem aliquam ſubeſſe hîc videbant, ſed tamen magis probabant vt in hac quoque ſpecie Trebelliano locus eſſet, ac proinde vt non minùs hoc caſu transferrentur actiones vi & poteſtate reſtitutionis quàm ſi ab herede ipſo facta eſſet reſtitutio: Sicut & Senatuſconſultum illud Trebellianum licèt de ciuilibus tantùm actionibus transferendis locutum eſſet, ſic tamen ab iiſdem prudentibus acceptum eſt, vt non minùs honorariæ actiones, adeóque naturales obligationes tranſeant in fideicommiſſarium. *l. quamuis 40. in princip. D. eod.* Et ſanè quamuis verum eſſet quod Iuſtinianus ait *in d. l. ſancimus*, Viſam eſſe Vlpiano hanc rem dignam de qua ius certum à Principe conſtitueretur, de quo tamen nihil tale, aut *in d. §. de illo quæritur*, aut alibi ab Vlpiano ſcriptum legimus, Debuerat Iuſtiniano ſatis eſſe vt Iuliani, Papiniani, Mæciani & ipſius quoque Vlpiani ſententiam probaret, qui ad hunc quoque caſum verba & mentem Senatus porrexerant, nec erat neceſſe conſtituere, quod ille conſtituit, vt in hac ſpecie actiones ipſo iure transferantur. Ex eo námque abſurdum illud ſequitur, vt fauorabilior & potior videatur hodie cauſa fideicommiſſarij primi quàm heredis aut fideicommiſſarij ſecundi quàm primi, ſiquidem eo caſu quo hereditas per heredem reſtituitur priori fideicommiſſario, nunquam tranſeunt actiones ipſo iure, ſed vi reſtitutionis iuncta Senatuſconſulti authoritate. Proinde negari non poteſt quin hac parte ius vetus immutatum ſit à Iuſtiniano, at non in eo quod reſtituendæ hereditatis neceſſitatem ſuſtulerit, priorique fideicommiſſario remiſerit, vt putant interpretes, ſed in eo potiùs, quòd noluerit agnoſcere, tantam vim eſſe hoc caſu factæ per fideicommiſſarium reſtitutionis quantam veteres agnoſcebant, qui actionum tranſlationem ex huiuſmodi quoque reſtitutione fieri admittebant. Eſſet verò hoc ius nouum & Iuſtinianeum longè abſurdius ſi ſic acciperetur vt nulla reſtitutione hodie indigeat ſecundus fideicommiſſarius qua primus omnimodo indiget extra duos illos caſus ſi vel abſens & contumax ſit heres, vel abſque ſucceſſore mortuus. Tantò magis enim noua illa Iuſtiniani conſtitutio à iure vetere abhorreret, adeóque ab Vlpiani ſententia quæ extat *in d. §. de illo quæritur*, quam tamen fatetur Iuſtinianus nouæ huic conſtitutioni cauſam dediſſe, & ex qua ideò dubitandum non eſt quin Iuſtiniani conſtitutio interpretanda ſit. Nec ſanè vllo caſu admiſiſſent veteres fieri tranſlationem actionum ſine reſtitutione, non magis quàm vt fieret ſine authoritate Senatuſconſulti Trebelliani *l. reſtituta 37. l. facta 63 in princ. eod. tit.* Potiúſque admiſiſſent, vt aliquo caſu duplex reſtitutio neceſſaria eſſet quàm vt nulla, vt in ſpecie *l. Papinianus 43. in fin. eod.* de cuius loci ſententia alibi ſcripſimus.

ANTO-

Digitized by Google

ANTONII FABRI I.C. SEBVSIANI SENATORIS SABAVDIENSIS, ET IN GEBENNENSIS DVCATVS AVDITORIO PRAESIDIS,

DE ERROR. PRAGMAT. ET INTERPR. IVR.

DECAS LXVI.

ERROR PRIMVS.

De legatariis teſtibus adhibitis in teſtamento nuncupatiuo.

LEGATARIOS in teſtamento adhiberi teſtes poſſe, heredem verò non poſſe ſcriptum eſt apertiſſimè *in l. qui teſtamento 20. in princip. D. qui teſtam. facer. poſſ. & in l. dictantibus 22. C. de teſtam.* Sed diuerſitatis huius ratio ſubobſcura non immeritò viſa eſt interpretibus, cùm ex iuris regula nemo in re ſua teſtis ſit idoneus vulgat. *l. omnibus 10. C. de teſtib. l. nullus 10. D. eod.* Teſtis verò in re ſua eſſe videatur legatarius qui in teſtem adhibetur in teſtamento, non minùs quàm heres, quippe qui ſuo teſtimonio non poſſit fidem teſtamento adſtruere pro herede, quia hoc ipſo lucrum & commodum legàti conſequatur, quod aliter valere non poſſet, reddit tamen Tribonianus rationem diuerſitatis *in §. legatariis Inſt. De teſtam. ordin.* quòd, inquit, legatarius non ſit iuris ſucceſſor, qualis eſt heres ſiue ex aſſe, ſiue ex parte ſcriptus proponatur. Ratio quidem vera eſt, quia legatarios, ſi ius antiquum inſpicimus, conſtat iuris ſucceſſores non eſſe *l. quædam 9. §. nihil intereſt. D. de edend.* ideóque actionibus hereditariis nec agere, nec conueniri poſſe *l. vlt. C. de hered. act.* Sed tamen minùs aptam & genuinam eam eſſe, vel ex hoc maximè coniicere licet, quod dubitandi cauſam non tollit. Etſi enim legatarius iuris ſucceſſor non eſt, quis tamen ex eo inferat, Poſſe igitur illum in cauſa ſua idoneum teſtē eſſe? Reſpondent interpretes pro Triboniano, Multū intereſſe an de legato principaliter per teſtamentarios teſtes probando agatur, an de ipſo teſtamento: Priore caſu non eſſe admittendum legatarij teſtimonium, ne in cauſa propria teſtis eſſe videatur, Poſteriore verò admitti poſſe, quaſi non tam ſibi quàm teſtatori & heredi teſtimonium dicat, quamuis eueniat vt ex ſuo teſtimonio etiam ipſe commodum conſequatur. Id enim non principaliter euenit, inquiunt, ſed per conſequentiam duntaxat: Non ſolent autem ea attendi quæ non fiunt niſi per conſequentias *l. 1. l. quod dicitur 7. D. de author. tutor.* Sed vereor ne huiuſmodi ratio non minùs à Triboniani ſenſu quàm à

veterum prudentum traditionibus omnino ſit aliena. Nam præter id quod generaliter & indiſtinctè Tribonianus loquitur, Illud etiam certum eſt non magis permitti cuiquam debere vt ex proprio teſtimonio commodum ſentiat per conſequentias quàm vt principaliter, Cùm vtroque caſu æquè ſuſpecta ſit fides eius qui omnimodo ſuum negotium gerit, Nec minùs propria cauſa dici poſſit quæ aliquem per conſequentias tantùm cōtingit quàm quæ principaliter *l.4.§.in propria D.quand.appell.ſit & intr. qua tempor. l.1.C. vbi in rem act.exerc.deb.cap.perſonas Extr.de teſtib.* Vnde illud etiam eſt, quod dicimus, Poſſe quem interdum venire contra factum proprium ex alterius perſona ſi ad alterius commodum venire velit: At nō ſimiliter ſi ad propriū, quamuis principaliter alienum negotium gerere dici poſſit, quiſquis agit ex alterius perſona *l.ſi non ſortem 26.§.filiusfamilias,* vbi Bart.Caſtrenſ.& alij *D.de condict.indeb.* Sed grauior interpretum noſtrorum error in eo eſt quod huiuſmodi diſtinctione fatentur ſe putare, Id quod ſupradictis locis ſcriptum eſt de legatariis teſtibus adhibitis in teſtamento, ad teſtamenta quoque nūcupatiua pertinere: Quod in ſpecie defendit Viglius magnus alioquin & elegans Iuriſconſultus *ad d.§.legatariis.* Quî enim fieri poſſet, vt legatarius in teſtem adhibitus de legato ſibi relicto, adeóque de ipſius heredis inſtitutione teſtimonium diceret, ſi neque quis heres inſtitutus eſſet, neq; quid aut quātum ex legato accepiſſet, compertum haberet? Atqui ſolis teſtamentis nuncupatiuis illud conuenit, vt qui teſtes iis interfuerunt ſcire poſſint, & debeāt quis heres nominatus ſit, quid legatum vel fideicommiſſum, cætera denique omnia quæ teſtamento continētur. Præcipua enim teſtamēti ſollennis quod in ſcriptis fit, vtilitas in eo eſt, vt ſoli teſtatori cognitum ſit: Teſtibus verò nihil aliud, niſi quod teſtamenti ſcriptura illa ſit, quam ipſi & ſubſcriptionibus ſuis & ſigillis muniuerunt. Etſi nihil vetat teſtamentum etiam, quod in ſcriptis factum ſit arcanum, & teſtibus ſecretum non eſſe. Non igitur ad alia teſtamenta quàm ad nuncupatiua pertinere ſupradicta interpretum diſtinctio poteſt. Hoc verò eſt, quod nos falſum eſſe contendimus, illi verò ſupponunt pro indubitato, Legatarios in teſtamento nuncupatiuo adhiberi teſtes poſſe. Nam cùm teſtamentorum omnium nuncupatiuorum ea condicio ſit vt tùm quoque cùm in ſcripturam rediguntur non tamen ex ſcriptura ſed ex ſola teſtatoris voce ac nuncupatione æſtimentur, *arg. l.contrahitur 4.D.de pignor.l.4.D. de fid. inſtrum.* eámque vocem teſtatoris & nuncupationem per teſtes probari oporteat, & eos non pauciores, quàm ſeptem *l.heredes palam 21.D.qui teſt.fac.poſſ.l.in teſtamentis 26. C.de teſtam.§.vlt. Inſt.eod.* Omnino conſequēs eſt vt ſi quis in teſtamēto nuncupatiuo legatarius adhibeatur, eū neceſſe ſit admitti ad ferēdū in cauſa propria teſtimoniū, quandoquidē nō ſufficeret de ſola heredis inſtitutione teſtimoniū dicere ad legata quoq; probāda & cōfirmāda ſi nō etiā de legato relicto per totidē teſtes cōſtaret. Porrò de legato teſtimoniū dicere legatarius nullomodo poteſt, quin cauſam ſuam propriam inſtruat, & tueatur, nec tantùm per conſequentiam, ſed etiam principaliter & per ſe primò: quod fieri nec poſſe nec debere ipſi etiam interpretes fatentur. Neque verò aut quiſquam ex antiquis prudentibus, aut Tribonianus ipſe cui faciliùs parcerem, contrà vnquam ſcripſit. Nam & Iuriſconſultus *in tota d.l.qui teſtamento* non niſi de teſtamento ſollenni & in ſcriptis condito loquitur, vt nemo non videt, itémque Imper. *in dict. l.dictantibus.* Et Tribonianus poſtquàm ſcripſit, legatarium quia iuris ſucceſſor

ceſſor non eſt adhiberi teſtem in teſtamento poſſe, aliáque omnia congeſſit quæ ad teſtamentorum ordinationem pertinet, Subiicit tandem *in §. vlt. eiuſd. tit. De teſtam. ordin.* ad ſola teſtamenta in ſcriptis pertinere quicquid *in eo tit.* antè ſcriptum eſt, vt intelligamus ad nuncupatiua non eadem omnia porrigi oportere. At, inquies, ratio illa quam adfert Tribonianus, quòd legatarius iuris ſucceſſor non ſit, perinde vera eſt in teſtamento nuncupatiuo, atque in eo, quod ſollenne eſt in ſcriptis, Non enim ob id magis legatarius iuris ſucceſſor eſt, quòd legatum acceperit in teſtamento nuncupatiuo, Et hoc certè vnum fuit quod interpretes hucuſque omnes decepit, vt teſtamentum nuncupatiuum à ſollenni & in ſcriptis hac parte non diſtinxerint, & in vtroque idem iuris conſtituendum eſſe crediderint, Non animaduertentes rationem illam à Triboniano allatam *in d. §. legatariis*, poſſe in teſtamento in ſcriptis bonâ eſſe, in nuncupatiuo non poſſe. Sed hoc ipſum cur ita? Nempe quia in teſtamento ſollenni quod in ſcriptis fit adhibentur teſtes non ad probandam voluntatem quam vt plurimùm penitus ignorant, vnde & arcana teſtamenta vocantur à Leone *Nouell. 69.* id eſt myſtica & ſecreta, ſed tantùm ad probandam ſollennitatem, Vt proinde non poſſint videri teſtimonium præſtare quaſi in re ſua, qui aliud nihil ſe agere putant, niſi vt alieno teſtamento teſtes adhibeantur. At in teſtamento nuncupatiuo adhibentur ad probandam voluntatem, & quidem totam, id eſt non minùs quod ad legata quàm quod ad inſtitutionem pertinet: Quod porrò facere nullomodo poſſunt, quin teſtimonium ſibi ipſis & in re ſua præſtent. Dices, Si ratio hæc bona ſit, conſequens fore vt etiam heres in teſtamento ſollenni ac in ſcriptis poſſit eſſe teſtis, cùm nec ille magis quàm legatarius ſemper ſciat quid teſtamento contineatur. Et tamen non poſſe heredem in teſtem adhiberi certum eſt *d. l. qui teſtamento.* Reſpondeo inde nimirum eſſe quod olim ita ius erat vt heres quoque teſtis eſſe poſſet, nempe eo tantùm tempore quo teſtamenta fiebant per æs & libram adhibito familiæ emptore & libripende: quo caſu quia totum negotium peragebatur inter teſtatorem & familiæ emptorem, heres haud dubiè teſtis eſſe poterat, vt Vlpianus noſter *in Fragmen.* ſcripſit *tit. 21.* Sed & idem Tribonianus ſub Iuſtiniani nomine ſcribit *in §. ſed neque eod. tit. De teſtam. ordin.* veterum Imperatorum aliquas fuiſſe conſtitutiones quæ etiam heredibus ipſis ac multò magis iis qui in heredum poteſtate eſſent, permittebant vt teſtes eſſe poſſent, ſed ita tamen vt iis ſuaderent ne hoc iure abuterentur. Ideóque gloriatur Iuſtinianus à ſe primùm in neceſſitatem legis tranſlatum fuiſſe quod ab aliis ſuaſum tantùm fuerat, conſtitutúmque vt ad imitationem priſtini familiæ emptoris, nec heredi qui eius imaginem obtinet, nec aliis perſonis quæ ei coniunctæ ſunt licentia concedatur ſibi quodammodo teſtimonia præſtare. Ex quo etiam factum dicit vt eiuſmodi veteres conſtitutiones Codici ſuo inſeri non permiſerit. Quibus verbis ſignificare videtur non obſcurè etiam Iuriſprudentiæ mediæ, & quæ ipſis quoque Imperatoribus placuerit, ſententiam illam fuiſſe, vt heres adhiberi teſtis in teſtamento poſſet. Primúmque Iuſtinianum ad exemplum iuris veteris quod in familiæ emptore obtinebat, contra ipſam tamen iuris veteris rationem conſtituiſſe, vt heres teſtis eſſe non poſſit. Hac vna potiſſimùm ratione, quòd hodie cùm neque familiæ emptor neque libripens vllus ſit cum quo negotium gerat defunctus, vt olim totum negotium inter heredem & teſtatorem agi intelligi-

Digitized by Google

tur:& conſequenter quæ ratio emptori familiæ obſtabat olim ne teſtis eſſe poſſet, ea ipſa hodie obſtat heredi. Quamquam nec ratio hæc bona eſt ſi verum amamus. Quid enim negotij poteſt videri gerere teſtator cum herede, qui nec viuentis teſtatoris heres eſt *l.1. D.de hered.vel act.u.vendition.l.1.D.pro hered.* nec ſe heredem fortaſſe ſcit eſſe inſtitutum niſi poſt mortem demum teſtatoris? Longéque alia fuit olim cauſa emptoris familiæ, qui & viuus & inter viuos per emptionem contrahebat, vt proinde dubitare vel ignorare non poſſet quin negotium de mancipanda ſcilicet vniuerſa familia inter ipſum & teſtatorem gereretur. Debuerat ergo Tribonianus dicere potiùs, illud quidem ipſum quod ait eandem eſſe hodie rationem heredis, quæ olim erat vetuſtiſſimi, vt loquitur, familiæ emptoris, ſed non allata ratione illa, quòd hodie inter teſtatorem & heredem negotium geri intelligatur, quemadmodum olim inter teſtatorem & familiæ emptorem gerebatur, At illa potiùs, quòd ſicuti emptor familiæ in vniuerſum ius teſtatoris ſuccedebat principaliter & immediatè: Ita hodie quiſquis heres eſt, idem iurium omnium defuncti ſola iuris poteſtate ſucceſſor immediatus eſt, & ita perinde repræſentat perſonam defuncti, atque olim familiæ emptor repræſentabat. Inde fit vt non magis heredi permittendum ſit vt teſtis in teſtamento eſſe poſſit, quàm teſtatori ipſi, quamuis inſtitutum ſe ignoret, Non quaſi in re ſua teſtimonium præſtare videatur, quod de ignorante præſertim dici numquam poteſt, ſed quia cùm ſuccedat in vniuerſum ius, quod defunctus habuit, non alio iure cenſeri poſſit quàm teſtator ipſe, ſiue perſonam eius inſpicias ſiue omnium eorum qui in ipſius ſunt poteſtate. Cui conſequenter dicendum eſt cauſæ nihil eſſe cur legatarius teſtis eſſe prohibeatur, non ſolùm ſi aliquid ſibi eſſe in teſtamento ſollenni legatum ignoret, qui caſus minorem habet dubitationem, ſed etiamſi ſciat, dummodò ad ſollennitatem duntaxat, non etiam ad voluntatem probandam adhibeatur. Semper enim verum eſt eum iuris ſucceſſorem non eſſe: Nec videre poſſum, quid illud ſit quod idem Iuſtinianus ſupradicto loco ait, ſe quadam conſtitutione ſua ſpecialiter conceſſiſſe legatariis vt teſtes eſſe poſſint, Quaſi verò vnquam prohibitum anteà id fuerit: Quod ſanè nullo veteris iuris loco probari poſſit. Extat quidem Imperatoris Zenonis conſtitutio *in d.l. dictantibus* 22. C. *de teſtam.* Teſtibus ad efficiendam voluntatem adhibitis, pro ſuo libito quod voluerit teſtatorem relinquere non prohiberi. Sed reſcribentis de iure conſtituto verba illa ſunt, non Principis ius nouum quod antea non fuerat conſtituentis. Nam & ante Zenonem, & Vlpiani adeóque Trebatij & Pomponij temporibus ita ius fuiſſe vt legatarius teſtis eſſe poſſet, conſtat ex *dict. l. qui teſtamento.* vbi Vlpianus tam de legatario quàm de tutore tractans, ait vtrumque teſtem eſſe poſſe ſi aliud nihil impediat: Et *ex l. ſi quis ita* 14. *D. de rebus dubiis.* vbi refert Martianus Trebatium putaſſe legatum eſſe vtile ita relictum *Illis qui teſtamentum meum ſignauerint heres meus decem dato.* Idque verius etiam Pomponio viſum eſſe, quia inquit, teſtamentum ipſum confirmatur adhibitis teſtibus: Vt intelligamus eo caſu non deberi legatum ex voce & dicto teſtis legatarij, ſed ex teſtamento ipſo quod per teſtes adhibitos confirmatum fuit. Quæ ratiocinatio tantò apertiùs oſtendit verum eſſe quod volumus, Prudentes illos veteres quoties de legatario teſte adhibito locuti ſunt, de ſolo teſtamento in ſcriptis, non etiam de nuncupatiuo ſenſiſſe: Vt & quoties de te-

ſtamento

ſtamento ſimpliciter loquuntur: Ideò fortaſſe quòd teſtamentorum per nuncupationem vſus eſſet rarior, tanquam quorum non tantùm validitas ſed etiam probatio lubrico fidei teſtium non ſine magno aut perfidiæ, aut probationis periculo committeretur: Niſi ſi quando vrgente vi valetudinis non ſufficeret teſtator ad obſignandas tabulas teſtamenti, vt de Horatio qui Auguſtum quem ſcribere volebat palam nuncupauerat ſcribit Suetonius in vita Horatij. Ex quo illud etiam factum videtur, vt teſtamenta nuncupatiua iuri Prætorio fuerint omnino incognita, omnibus edicti partibus ita conceptis, vt tabularum mentio ſemper fieret, & ad duos illos caſus totum edictum de bonorum poſſeſſionibus accommodaretur: *Si tabulæ teſtamenti extarent vel non extarent*: quorum caſuum prior ad ſolam teſtamenti cauſam pertinebat, poſterior verò ad cauſam inteſtati ſolam: quaſi mortuo ſemper inteſtato eo cuius teſtamenti tabulæ nullæ extarent. Quamquam cœpit paullatim prætor eò quoque deſcendere vt bonorum poſſeſſionem vtilem ſecundùm nuncupationem daret exemplo illius quam verbis edicti ſecundum teſtamenti tabulas pollicebatur. *leg. 3. C. de bonorum poſſeſſionib. ſecund. tabul. l. ſi ita ſcriptum 8. §. vltimo. D. eodem, lege vltima, C. de Codicill.*

ERROR SECVNDVS.

De ſententia l. qui teſtamento 20. D. qui teſtamentum facere poſſunt, & §. ſed neque. Inſtit. de teſtam. ordin.

ILLVD difficilius eſt quomodo verum eſſe poſſit quod Vlpianus ſcribit *in dicta l. qui teſtamento*, heredem inſtitutum non poſſe in teſtamento teſtem adhiberi ſi primus Iuſtinianus fuit qui ius hoc tranſtulit in legis neceſſitatem vt ſuprà diximus *ex §. ſed neque Inſtit. de teſtamen. ordin.* Nam & apud Ciceronem locus inſignis eſt in Oratione pro Milone, vbi ait ſe à Cyro architecto inſtitutum fuiſſe heredem cum P. Clodio & obſignatum tamen ab vtroque teſtamentum, non alio vtique quàm teſtium iure. Nec poſſis cum Iacobo Cuiacio *ad dictam legem qui teſtamento*, ius hoc ad heredem illum reſtringere qui ſecretò in tabulis heres ſcriptus eſſet. Ponit enim Cicero teſtamentum palam factum in quo fuerat ille cum P. Clodio inſtitutus, quod nihil aliud eſt quàm heredum inſtitutionem factam fuiſſe palàm non ſecretò: neque verò eſt ex ſollennitatibus teſtamenti in ſcriptis vt heredum nomen aut ab heredibus ipſis, aut à teſtibus ignoretur, vt iam ſuprà diximus, & conſtat *ex l. hac conſultiſſima 29. C. de teſt. in.* Quin potiùs dubitandi ratio ex eo peti poterat ne teſtamentum ſollenne videretur valere ſi eius tenorē teſtes ignorarent *l. hac conſultiſſima 21. ver. nec ideò infirmari eod. tit.* Placet tamen quod Cuiacius docet *ad l. qui teſtamento*, In eo ſolo teſtamento quod per æs & libram fiebat obtinuiſſe vt heres teſtis eſſe poſſet, quod teſtamenti genus erat meri iuris ciuilis, de quo etiam ſupradictus Ciceronis locus accipi debet, eiuſque temporibus vnum illud ferè in vſu

ratio in ciuitate frequentabatur: At in teſtamento quod vel mero iure prætorio fieret, vel iure mixto ex ciuili prætorio & principali, de quo Iuſt. *in §. ſed paullatim eod. titul. De teſtament. ordin.* nunquam obtinuiſſe vt heres teſtis adhiberetur. De hoc verò teſtamenti genere accipiendum eſſe Vlpianum *in dicta lege qui teſtamento*, non de facto per æs & libram, quod etſi Vlpianus idem teſtatur in fragmentis adhuc in vſu fuiſſe ſuis temporibus, Dubitandum tamen non eſt quin frequentiùs ea teſtandi forma vſurparetur, quæ & Prætoribus & Imperatoribus magis placuiſſet: Siue quòd eſſet illa commodior & vtilior heredi ad obtinendam bonorum poſſeſſionem quam ex teſtamento per æs & libram quinque duntaxat teſtibus adhibitis facto Prætor numquam dediſſet (requirit enim prætor & numerum ſeptem teſtium, & vt tabulæ totidem ſignis ſignatæ ſint) ſiue quòd non ſemper obuium eſſet familiæ emptorem & libripendem inuenire ad mancipandam familiam, cùm tamen eius mancipationis vſus non eſſet niſi imaginarius, vt loquitur Conſtantinus *in l. quoniam indignum 15. D. de teſtam.* Idque eſt quod ſcribit Iuſtinianus *in fine §. 1. dict. titul. De teſtament. ordin.* Teſtamentum quod per æs & libram fiebat, licèt diutiùs permanſerit, tamen in vſu partim eſſe deſiiſſe, Non quòd maneant teſtes ficta emptione ſublata vt malè ibi Viglius interpretatur (nam & ficta illa vetus emptio quinque teſtes requirebat, & prætereà libripendem ac familiæ emptorem, vt non niſi ſeptem perſonis interuenientibus ea ſollennitas peragi poſſet, vnde & Prætores ſeptem teſtium adhibendorum neceſſitatem ſumpſiſſe videntur) Sed quia, vt ait Vlpianus *dict. titul. 20.* In teſtamento quod per æs & libram fiebat duæ res agebantur, Familiæ mancipatio, & Nuncupatio teſtamenti, atque ita duabus illis quodammodo partibus totũ negotium continebatur, quarum prior in vſu eſſe deſiit, Poſterior permanſit, cùm nihil aliud eſſet nuncupari teſtamentum, quàm quod teſtator tabulas teſtamenti tenens in manibus, teſtes ita alloquebatur *Hæc vti his tabulis, cerisve ſcripta ſunt, ita do, ita lego, ita teſtor. Itaque vos Quirites teſtimonium perhibetote.* Ergo vt inſtitutam diſputationem abſoluamus, Potuit quidem olim heres teſtis eſſe in teſtamento quod factum eſſet mero iure ciuili per æs & libram, id eſt adhibito familiæ emptore & libripende. Sed ſi vel prætorio tantùm vel mixto etiam iure factum eſſet teſtamentum, obtinuit ſanè numquam vt heres teſtis eſſe poſſet, ne quidem in teſtamento in ſcriptis arcano, & ſecreto, Non quod inter teſtatorem & heredem etiam ignorantem negotium aliquod geri videretur, vt parum ſubtiliter Tribonianus credidit, ſed quia heres ſit vniuerſi iuris ſucceſſor ex ſola legis poteſtate, nullo etiam negotio geſto, niſi quod hereditatis acquiſitio neceſſaria eſt in perſona heredis vt heres fiat: Quæ cùm ſit, heres quidem quaſi contrahit & negotium aliquod gerit, ſed non cum teſtatore quem eo tempore iam defunctum eſſe neceſſe eſt, at cum creditoribus & legatariis, & aliis quibus exinde tanquam heres obſtrictus eſſe incipit *l. 3. §. vltim. & l. ſequenti. D. quibus ex cauſſ. in poſſeſſ. eat. l. 5. §. heres quoque D. de obl. & actionib.* Porrò ea ratio non habet locum in legatario quia licèt in re legata quodammodo heres eſſe videatur *l. id tempus 14. §. 1. D. de vſucapionib.* numquam tamen legatarius iuris ſucceſſor eſt, nec perſonam defuncti repræſentat. Mirum igitur non eſt legatariũ teſtem olim ſemper eſſe potuiſſe in teſtamento in ſcriptis ſiue ſe legatarium ſciret, ſiue ignoraret, Et ita Iuſtinianus accipiendus eſt *in dicto §. legatarius*, Non quaſi vera ratio propter quam legatarius adhiberi teſtis poteſt illa

ſit,

Digitized by Google

ſit, quod legatarius iuris ſucceſſor non ſit (unde nãque fieret vt admittendũ eſſet in teſtamento quoque nuncupatiuo legatarium teſtem eſſe poſſe, quod falſiſſimum eſt) ſed vt intelligamus, Legatarium ne teſtis eſſe poſſit non impediri ratione illa qua ſola impeditur heres, qui ſi iuris ſucceſſor non eſſet, etiam ipſe adhiberi in teſtem poſſet in teſtamento in ſcriptis, ad probandam ſollennitatem. Ac vt dicam breuius non tam decidendi ratio illa eſt, quàm remouens dubitationem quæ obiici poterat ex comparatione heredis, qui licèt aliorum teſtium exemplo non niſi ad probandam teſtamenti in ſcriptis ſollennitatem adhibitum ſe dicat, inutiliter tamen adhibitus intelligitur, Ideo tantùm quia iuris ſucceſſor eſt. Vera igitur & germana ratio propter quam olim permiſſum ſemper fuerit vt legatarius teſtis eſſe poſſet, Non alia afferenda eſt nec adferri apta poteſt, quàm quòd ad ſolam ſollennitatem probandam adhibeatur, non etiam ad probandam voluntatem quæ ſcilicet per ſcripturam ipſam ſatis probatur, dum ne quid ex ſollennibus ſcripturæ deſit. Ex quo ſequitur, In teſtamento igitur nuncupatiuo aliud eſſe nec adhibendum legatarium in teſtem, cùm in eo teſtamentorum genere ad voluntatis ipſius non minùs quàm ad ſollennitatis probationem teſtes adhibeantur. Idque tam manifeſta iuris ratione ac naturali æquitate nititur vt illi ipſi qui cum interpretibus fateri coguntur, quod nos negamus, Poſſe legatarios teſtes eſſe in teſtamento quoque nuncupatiuo, non poſſint ſibi temperare quin ſubiiciant. Tutius tamen eſſe vt non adhibeantur ſi alij eo loco & tempore idonei teſtes inueniri poſſint. Sic enim Ioann. Dilect. *in tract. De art. teſtand. titul. 2. cautel.* 9. & anonymus quidam *in tractat. De teſtibus*, qui tamen creditur eſſe Panormitani. Sed errant iſti grauiùs, nam quemadmodum ſcrupuloſitas nimia & inanis eſt vt quis vereatur adhibere legatarios teſtes in teſtamento in ſcriptis, tanquam aliquomodo ſuſpectos, etiam aliorum teſtium copia eſſe proponatur, Ita nunquam permittendum eſt vt in nuncupatiuo adhibeantur, nec ſi alij nulli teſtes minùs ſuſpecti haberi poſſint quia faciliùs ferendum eſt vt faciendi teſtamenti facultas ob non habitam teſtium copiam teſtatori eripiatur, vt *in l. conficiuntur* 8. *§. codicillis D. de iur. codicill.* quàm vt legatario cuiquam vllo caſu per teſtimonium in re ſua præſtare, quod abſurdiſſimum & iniquiſſimum ſemper eſt ipſo etiam Iuſtiniano teſte *in dict. §. ſed neque in fin.* Nec minùs quando de toto teſtamẽto cõtrouertitur, quàm ſi de ſolo legato, cùm de toto teſtamento neque controuerti, neque teſtatio fieri poſſit, quin legati ſubſtantia, & in controuerſiam, & in teſtationem deducatur. Sed mirum non eſt diſtinctionem hanc & Accurſio & Bartolo *ad d. l. qui teſtamento*, & aliis placuiſſe qui meliùs quod dicerent nihil habuerunt, vt pluribus docebimus in Error. 4.

ERROR TERTIVS.

De legatario qui hodie teſtis adhibitus ſit in teſtamento in ſcriptis.

Digitized by Google

SI cui mirũ videbitur quod in ſuperioribus aduerſus omnes omniũ interpretum ſententias diſputauimus, Legatarium in teſtamento nuncupatiuo teſtem adhiberi nec poſſe hodie nec vnquam potuiſſe, mirandi cauſam is longè maiorem ſibi finget; vbi audierit, quod nos probandum nunc ſuſcipimus: Etiam in teſtamento in ſcriptis permittendum hodie non eſſe legatario vt in teſtem adhibeatur. Neque tamen aut verius, aut apertius dici quicquam poſſe arbitramur. Mouemur autem vnica illa, ſed fortiſſima, vt nobis quidem videtur, ratione, quòd quæ res impediebat iam olim ne vnquam teſtis heres eſſe poſſet, etiamſi teſtator non tantùm in ſcriptis, ſed etiam ſecretò teſtatus fuiſſet. Nimirùm quòd is vniuerſi iuris ſucceſſor eſſet, in eóque vetuſtiſſimi familiæ emptoris imaginem quandam obtineret, ea nunc in legatario quoque locum habeat, quæ anteà non habebat: Non quòd hodie legatarius quatenus legatarius eſt, id eſt alio herede exiſtente iuris ſucceſſor dici poſſit, (ſemper enim ſucceſſor ſingularis eſt, licèt in re legata quodammodo quaſi heres eſſe videatur, vt ſuprà dicebamus ex *l. id autem* 14. §. 1. *D. de vſucap.*) Sed quia ex Nouella Iuſtiniani conſtitutione 1. *De hered. & falcid.* inductum eſt contra omnem omnino iuris veteris rationem vt non adita per heredem ſcriptum hereditate in qua nullus ſit ſubſtitutus, aut vulgaris, aut fideicommiſſarius non ſolùm non intercidant legata quę anteà ipſo iure corruebant *l. ſi nemo* 9. *D. de teſtam. tutel.* Sed etiam poſſit legatarius hereditatem adire atque ita heres fieri acſi in teſtamento heres ſcriptus eſſet, vt perinde omnia implere teneatur, quæ teſtator fieri iuſſit, ac heres ipſe teneretur ſi hereditatem adiiſſet, præſtita tamen priùs de hoc ſatiſdatione. Ex qua conſtitutione dubitandum non eſt, quin factum ſit vt legatarius quilibet iuris ſucceſſor eſſe poſſit, & quidem vniuerſalis cùm poſſit fieri heres, quaſi per legem ipſam & Iuſtiniani conſtitutionem tacitè ſuo loco & tempore vulgariter ſubſtitutus. Cui proinde conſequens eſt vt non magis quàm heres poſſit hodiè adhiberi teſtis in teſtamento. Quid enim refert an iuris ſucceſſio primùm ei, an ſecundo vel tertio gradu deferatur, cùm omni caſu primus ille & immediatus iuris ſucceſſor fiat? Aut quid hac parte intereſt an iuris ſucceſſor ſit quatenus heres inſtitutus, an verò quatenus legatarius euadens in heredem inſtitutum? Nam nec ab initio iuris ſucceſſor fit, qui heres inſtituitur ſi inſpicias tempus inſtitutionis, & teſtamenti, cùm eo tempore id eſt viuo adhuc teſtatore nec heres quiſquam, nec hereditas vlla eſſe poſſit. At neque poſſis dicere eum qui heres ſcriptus eſt omnimodo futurum iuris ſucceſſorem. Quid enim ſi heres eſſe vel nolet, vel non poterit, fortè præuentus morte, vel deportatione, vel quo alio ſimili caſu? Cur ergo in teſtamento etiam ſollenni & arcano adhiberi teſtis non poteſt? Nimirum quia poteſt fieri vt iuris ſucceſſor fiat, eo ſcilicet caſu quo heres eſſe & volet, & poterit. Sufficit igitur ad arcendum quem à numero teſtium in teſtamento adhibendorum, vt iuris ſucceſſor aliquo caſu eſſe poſſit, nec illud etiam requiritur vt omnimodo futurus ſit. Lex enim prouida eſt, ac proinde quod homines prouidi facere ſolent, incerta & neſcia eorum quæ accident circumſpicit omnia quæ poſſunt euenire, vt proſpiciat ne quid interim fieri patiatur, quod ex euentu apparere poſſit, neque fieri neque permitti debuiſſe. Proinde cùm legatarius aliquo caſu poſſit fieri iuris ſucceſſor, fatendum eſt nullomodo permittendum ei eſſe hodie vt teſtis eſſe queat. Nam & in fideicommiſſario vniuerſali hoc ipſum

nominatim

Digitized by Google

nominatim tradidit Ioan. Faber, qui primus inter iuris noſtri interpretes Fabri nomen & eruditionis & præcipuæ apud ſuos dignitatis gloria inſigne fecit, Teſtem eum in teſtamento adhiberi non poſſe quia iuris ſucceſſor eſt, ſumpto ſcilicet argumento à contrario ſenſu ex eo quod ſcriptum eſt *in §. legatarius Inſt. de teſtam. ordin.* Ideo teſtem eſſe legatarium poſſe, quòd iuris ſucceſſor non ſit. Nulla porrò inter fideicommiſſarium vniuerſalem & legatarium ſingularem hac parte differentia hodie eſt, cùm heres recuſat adire, niſi quòd fideicommiſſarius vniuerſalis potior eſt, vt ei priori quàm legatario deferatur hereditas, quam poſſit ille adire ſuo iure, nulla neceſſitate cogendi heredis ad adeundum, ſiue ex Pegaſiano ſenatuſconſulto, ſiue ex Trebelliano. Cæterùm ſi vel fideicommiſſarius vniuerſalis nullus ſit, vel qui eſt, adire nolit, tantundem iuris habet legatarius vt per aditionem fieri heres poſſit: Nec minùs tamen verum eſt incertum eſſe an fideicommiſſarius vniuerſalis aliquando iuris ſucceſſor futurus ſit, cùm multa poſſint accidere ne vnquam ſit, puta ſi vel viuo adhuc teſtatore, vel mortuo quidem eo ſed tamen ante fideicommiſſi condicionem exiſtentem deceſſerit, Aut ſi viuo eo fideicommiſſi condicio defecerit, Aut condicio ſub qua heres fuerat inſtitutus. His enim omnibus caſibus fideicommiſſum intercidere nemo ambigit. Neque eo magis tamen valebit teſtamentum, in quo adhibitus fuerit in teſtem fideicommiſſarius vniuerſalis, quia teſtamentorum ius tale eſt vt ipſa per ſe ab initio firma omnimodo eſſe oporteat, non ex futuro euentu incerto pendêre. *arg. l. illa inſtitutio 32. D. de hered. inſtit.* Idémque multo certiùs in ſubſtituto vulgari, qui non per fideicommiſſum, ſed directò iuris ſucceſſor eſt, tractari poteſt vt ſequenti capite dicemus. Quidni ergo etiam in legatario quẽ Iuſtinianus noſter inuita licèt Iuriſprudentia fecit quodammodo vulgarem tacitè ſubſtitutum? Nam & tacita quædam eſt vulgaris ſubſtitutio *l. ſi Titio & Meuio 61. §. Iulianus de legat. 2.* quoties ſcilicet vni poſt alium defertur per legem hereditas ita demùm ſi prior heres eſſe vel nolit vel non poſſit: vt in propoſito caſu contingit. Illud verò ſemper menti tenendum eſt, quod ſuperiore capite diximus, Cùm quæritur, cur olim potuerit legatarius eſſe teſtis in ſolenni ſcriptóque teſtamento, non fuiſſe veram & germanam rationem illam, quòd iuris ſucceſſor non eſset. Separat enim duntaxat legatarios ab heredibus non nodum explicat, vt & Viglius bene vidit, ſed quòd in eo teſtamenti genere ad ſollennitatem tantùmmodò, non etiam ad voluntatem probandam teſtes adhibeantur. At ſi quæratur Cur heres in teſtamento etiam arcano teſtis eſse non poſsit, aliam rationem adferri meliorem non poſse, quàm quia ſit iuris ſucceſsor. Ea enim ratio ſi non eſset, nihil vtique obſtaret quominùs heres quoque perinde ac legatarius teſtis adhiberetur ad probandam non quidem teſtatoris voluntatem, ſed teſtamenti ſolennitatem.

Inde námque fit, vt certius hodie ſit, Legatarium teſtem eſſe nullo modo poſſe, poſtquàm cœpit ex Iuſtiniani conſtitutione poſse fieri aliquo caſu iuris ſucceſſor, quàm quod omnes fatentur, Teſtem illum in teſtamento in ſcriptis eſse olim potuiſse.

Digitized by Google

ERROR QVARTVS.

De ſubſtituto vulgari adhibito teſte in teſtamento in ſcriptis, & de rationibus quæ adferuntur pro legatario vt teſtis eſſe poſſit.

PARVM eſt interpretibus noſtris vt in nuncupatiuo quoque teſtamento legatarium teſtem adhiberi patiantur, ſi non errorem per ſe grauem alio maiore ac grauiore cumulēt: quod ij faciunt qui legatarij exemplo idem quoque in vulgari ſubſtituto admittendum eſſe putant, vt in quolibet teſtamēto ſiue in ſcriptis, ſiue per nuncupationem condito teſtis eſſe poſſit. Cuius ſententiæ primus, vt puto, author fuit Angelus de Peruſio Baldi frater, qui diſertè ſic reſpondit *conſil. 275. num. 6.* Si quæras qua lege, Non aliam ille adfert quàm quæ à Iuſtiniano ſcripta eſt *in §. legatariis Inſt. de teſtame. ordin.* poſt Vlpianum *in l. qui teſtamento 20. in princ. D. qui teſt. facer. poſſ.* & Zenonem Imperatorem *in l. diſtantibus 22. C. de teſtam.* Qui tamen loci omnes de legatario tantùm loquuntur, non etiam de vulgari ſubſtituto. Si autem qua ratione, Hac vna, quod inquit, ſubſtitutus hoc caſu non de ſubſtitutionis viribus teſtimonium dicat in ſui commodum, ſed de toto teſtamento ad commodū heredis principaliter, ad ſuum verò non niſi ſecundariò, & per quandam veluti conſequētiam. Nimirum ſic fuit perſuaſum Angelo, quod & alijs interpretibus omnibus legatario quāuis in re ſua teſtimoniū præſtare videatur, permitti tamen vt etiā in nuncupatiuo teſtamēto teſtis eſſe poſſit: Quo præſuppoſito, vt obiectionem illam effugiant, quam ſtatim occurrere vident, quod nemo in re ſua teſtis ſit idoneus, non aliud habent quod reſpondeant, quàm hoc ipſum quod Angelus ad ſubſtitutum accommodat, non niſi ſecundariò teſtimonium ſibi præſtare legatarium, ſed principaliter heredi, cùm non de legato ſolo, ſed de probanda totius teſtamenti voluntate tractatur. Nos verò in præcedentibus probauimus & falſum eſſe quod illi ſupponunt pro vero, Legatarium etiam in nuncupatiuo teſtamento adhiber teſtem poſſe, Et obiectionem illam De reiiciendo cuiuſque in re propria teſtimonio diſſolui nulla ratione poſſe, Cùm in cæteris omnibus nihil interſit an principaliter an ſecundariò ad ſuum commodum velit quis teſtimonium dicere, vt teſtis eſſe prohibeatur *cap. perſonas extra de teſtib.* Quod nec Viglius negare poteſt *ad d. §. legatarijs.* Tametſi communem interpretum errorem ſequatur: Sed ait ſpecialiter hoc in legatario receptū eſſe fauore teſtamenti: Et ſpecialitatis rationem ſatis probabilem cùm afferre nullam poſſit, conquirit multas, & omnes congerit quæ ab aliis adferuntur. Sunt enim qui rationem ſumant ex numero teſtium, vt Ioannes Faber, quaſi in tāto teſtiū numero quantus ad teſtamenta omnia etiā nuncupatiua cōficienda requiritur, defectus, vt loquuntur, vnius, per alios ſuppleri poſſit, Alij ad rogationem approbationémque teſtatoris id referunt quaſi abſurdum ſit, à teſtimonio repelli eum quem teſtator & rogauerit & approbauerit, Alij merum teſtamenti fauorem conſiderant quem negari non poteſt in toto iure noſtro magnum eſſe ac præcipuum, *vid. l. ſi pars 10. D. de inoff. teſt. l. 1. C. de ſacroſ. eccl. l. vel negare 6. D. de teſtam. quem. aper.* Ipſe verò Viglius vt fuit ſubtilis

tilis & acutus Iurecõſultus duas ait rationes in legibus ipſis extare, Vnam *in dict.§ legatarijs*, quòd legatarij non ſint iuris ſucceſſores, quam tamen fatetur ad explicandum nodum non ſufficere, Alteram in qua conquieſcit, ſumptam ex Marciano *in l. ſi quis ita* 14. *D. de reb. dub.* quòd ipſum teſtamentum cõfirmetur adhibitis teſtibus, acſi eius rationis ſenſus ille ſit, vt non debeat teſtamentũ euerti ob hoc quod ad eius confirmationẽ factũ eſt. Quæ tamẽ rationes omnes quàm ſint leues & futiles, quod de prioribus tantùm Viglius admittit facile videre quiuis poteſt. Nã quod aiũt de numero teſtium, quã obſecro vim habere poteſt, cùm nec ſi omnes teſtes in teſtamento adhibiti legatarij ſint, teſtamentũ tamẽ valere negẽt? Quis enim credat vnius teſtis ſuſpicionẽ per alios plures quotcunque tandẽ ſint, purgari poſſe, ſuſpectos æquè omnes? Aut quis putet in teſtamento, in quo tot teſtium adhibendorum neceſſitas aliæq; tam multæ ſollennitates ideò tantùm introductæ ſunt, ne qua falſi commiſcendi ratio截 ſupereſſe poſſet, non eſſe adhibendos eos tantùm teſtes qui ſint omni exceptione maiores? Quod verò iſti addunt de rogatione & adprobatione facta per teſtatorem, multò abſurdius eſt. Nec enim poſitæ ſunt in arbitrio & poteſtate teſtantium ſollennitates teſtamentorum, vt de iis remittere aliquid poſſint, ſed ex legum authoritate omnes pendent: Nemo autem facere poteſt quin leges in ſuo teſtamẽto locum habeãt *vulg. l. nemo* 55. *de legat.* 1. Alioqui dicendum eſſet, etiam impuberes, & mulieres, & domeſticos, & infames adhiberi teſtes in teſtamento poſſe, tanquam adprobatos ſemper à teſtatore à quo nimirum rogatos eos eſſe ſemper neceſſe eſt: quod tamen nec quiſquam hucuſque dixit, nec dicet vnquam. Rurſum quod de teſtamenti fauore adferunt, nihil vrget, cùm non alia teſtamenta fauorem vllum mereri poſſint quàm quę facta eſſe conſtat ex præſcripto legũ, quas qui contempſit, planè indignus eſt cui leges ſubueniant & patrocinentur, Nec tantùm qui contempſit, ſed & is qui caſu aliquo fortuito impeditus fuit ne teſtamenti tempore iis parere potuerit, puta ſi teſtium copiam eo loco & tempore non habuerit *d. l. conficiuntur* 8. *§. codicilli D. de iur. codicill.* quia ſemper imputari ei poteſt cur non fuerit diligentior in faciendo teſtamento tùm cùm ſollennitates omnes adhibere commodè potuiſſet, Niſi quod tandem & ruſticis & aliorum quoque teſtamentis ruri factis ſubueniendum Iuſtinianus putauit *in l. vlt. C. de teſtam.* ſi plures quàm quinque teſtes eo loco haberi non potuerint. Quam verò rationem adfert Iuſtinianus *in d. §. legatarijs*, quòd legatarij non ſint iuris ſucceſſores iam oſtendimus & Viglius ipſe non negat minùs aptam eſſe, nec tam eò pertinere vt probet teſtem eſſe poſſe legatarium, quàm vt oſtendat Rationem quæ facit ne heres teſtis eſſe poſſit ne quidem in teſtamento inſcriptis, etiamſi ad ſollennitatem ſolam non etiam ad voluntatem probandam adhibeatur, in legatario locum non habere.

ERROR QVINTVS.

De ſententia l. ſi quis ita 14. *D. de reb. dub. & de differentia legatarij, ſubſtituti vulgaris, & fideicommiſſarij vniuerſalis.*

T 1

SVPEREST igitur ſola illa ratio quæ ſumitur ex Marciano *in d.l.ſi quis ita* 14. *de reb.dub.* quòd teſtamētū ipſum cōfirmetur adhibitis teſtibus, Sed eam ſanè perperam explicant qui cum Viglio ſic interpretātur, vt quod ad teſtamenti confirmationē factum eſt, non debeat teſtamentum euertere. Senſus enim ille potiùs eſt quem nos in præcedentibus indicauimus, Nihil cauſæ eſſe cur teſtamenti ſignatoribus, id eſt teſtibus legari aliquid poſſit, non quaſi fauorem hunc mereantur pro officio quod teſtatori præſtant, vt teſtamentum eius obſignādo confirment, ſed quia confirmato per teſtium ſubſcriptiones & ſigna teſtamento, probatur voluntas non per teſtes ipſos qui proinde teſtimonium ſibi in re ſua non præſtant, ſed per ſcripturam ipſam teſtamenti confirmatam, nec adhibentur teſtes vt probent teſtamentū, ſed vt illud confirment, quod ſufficit vt legatum iis debeatur, non vt eorum teſtimonium reiiciatur. Itaque ſi ponas in teſtamento nominatos eſſe legatarios, qui ſubinde adhibiti ſint teſtes, vt excludam caſum illum de quo *in d.l.ſi quis ita*, dicam priùs factos illos & ſcriptos legatarios quàm fuerint teſtes, priùs tamē teſtes, quàm fuerit confirmatum legatum. At cùm in teſtamento nuncupatiuo iidem ſunt teſtes, qui legatarij, tā citò ſunt teſtes quàm legatarij, cùm non quemadmodum ſcriptura, ita vox teſtatoris per ſe quicquam probet, niſi adſint teſtes qui eam excipere, audire, ac referre poſſint. Dices, Nec ſcripturam teſtamenti quicquam eſſe profuturam ſi nulli teſtes adhibeātur. Reſpondeo, Non equidem profuturam vt ex ea poſſit agi: At nō ideò quòd per ſolam ſcripturam neſciri poſſit ſine teſtibus quinam verè ſint legatarij, ſed quia parum ſit de eo conſtare per ſcripturam, ſi non etiam appareat, ſcripturam illam eſſe teſtamentum, quæ porrò non aliter poteſt eſſe teſtamentum quàm ſi ſit ſollennis, qualis denique eſſe nequit ſi non teſtibus adhibitis, & obſignatoribus cōfirmata ſit. Ita fit vt ſemper eò res recidat, quemadmodū iam ſæpe diximus, vt in teſtamento per ſcripturam facto adhibeantur teſtes ad probandam ſollennitatem duntaxat, nullomodo autem ad probandam voluntatem. In teſtamēto autem nuncupatiuo ad vtrumq; ſed magis & principaliter ad probandam voluntatem, quam ſemper aliquam eſſe ac præcedere neceſſe eſt tanquam ſubſtantiam, vt ei ſolennitas aliqua poſſit accedere. Proinde cùm de illo tractamus An heres vel legatarius poſſit adhiberi teſtis in teſtamento ſollenni per ſcripturam facto, non tam mirum illud videri debet, quod admittimus legatarium teſtem eſſe poſſe, quàm illud improbabile quod negamus heredē cenſeri debere eodem iure. Nec ſanè diuerſitatis ratio alia eſt, quàm quæ ſupra fuit à nobis allata, quod heres iuris vniuerſalis ſucceſſor ſit, eademq; propemodum perſona cum defuncto: legatarius verò non item. Cui rationi prorſus conſequens eſt, vt quiſquis iuris ſucceſſor eſt non magis adhiberi in teſtamento teſtis poſſit quàm heres. Indéque nimirum hauſit Ioannes Faber Fideicommiſſarium vniuerſalem non eſſe admittendum in teſtem, quia licèt heres non ſit, tamen æquè iuris ſucceſſor eſt, & poſt reſtitutam hereditatem habetur loco heredis *§.reſtituta inſt.de fideic.hered.l.1.& 2.D.ad SC. Trebell.* In eoq; plus iuris habet fideicommiſſarius vniuerſalis quàm legatarius etiam hodie poſt Iuſtiniani *Nouell.1. De hered.& falcid.* quòd quamuis poſſit legatarius perinde ac fideicommiſſarius vniuerſalis heres fieri & conſequenter vniuerſalis iuris ſucceſſor, non aliter tamen poteſt vnquā fieri iuris ſucceſſor, quàm ſi priùs fiat heres, nec rurſum heres fieri

fieri alio caſu quàm quo neque primus heres adire velit, neque ſubſtitutus directus aut fideicommiſſarius vllus ſit, à quo anteuertatur. At fideicōmiſſarius vniuerſalis ſuo iure ſucceſſor iuris eſt non ſolùm eo caſu quo fit heres per aditionem, cùm neque heres, neque ſubſtitutus directus vllus eſt qui adire & poſſit, & velit, ſed illo etiam quo priùs adita ſit hereditas ſiue per heredem inſtitutũ, ſiue per vulgarem ſubſtitutum. Quòd ſi fideicommiſſarius vniuerſalis adhiberi teſtis in teſtamento quantumuis ſollenni & ſcripto non poteſt, nec in eo valet ratio quam interpretes adferunt in legatario vt teſtis eſſe poſſit quia non principaliter ſed per accidens & ſecundariò teſtificatur ad proprium commodum, nempe quia iuris tamen ſucceſſor eſt, quantò magis admittendum eſt, vulgarem ſubſtitutum in eo quoque teſtamenti genere teſtem eſſe non poſſe, cùm non tãtùm ſit ſucceſſor iuris quomodo fideicommiſſarius vniuerſalis, ſed etiam priore loco & ante fideicommiſſarium vniuerſalem, quem haud dubiè anteuertit, ſiue fideicommiſſarius vniuerſalis ſuccedere velit communi iure & ex fideicommiſſo poſt aditam hereditatem reſtituendo, ſiue nouo iure *ex Nouell. 1. de hered. & falcid.* Sed & in eo plus iuris habet ſubſtitutus vulgaris, quàm vniuerſalis fideicommiſſarius, quod ſuccedit iure directo & ex lege ipſa duodecim tabularum, nullo indigens aut prætoris aut alterius hominis facto: adeóque nec noua illa Iuſtiniani conſtitutione *in d. Nouell.* 1. vt recuſante primo herede ipſe heres fiat. Fideicommiſſarius verò non niſi per obliquum ſuccedit, nec propria authoritate occupat hereditatem, ſed per manus heredis aut inſtituti aut vulgariter ſubſtituti, neque iure ciuili, ſed ex tuitione & iuriſdictione prætoris. Illud planè fatendum eſt, hactenus meliorem eſſe condicionem fideicommiſſarij vniuerſalis, quàm ſubſtituti vulgaris, quòd heredis inſtituti aditio extinguit vulgarem ſubſtitutionem, at fideicommiſſariam non modò non extinguit, ſed etiam confirmat. Sed hoc ad rem noſtram non pertinet, non enim eo minùs verum eſt Vulgarem ſubſtitutum & priore loco & potiore iure eſſe ſucceſſorem iuris quàm fideicommiſſarium vniuerſalem, ob idque nullomodo teſtem eſſe poſſe. Amplius dicam, Tametſi ius ita comparatum eſſet, vt fideicommiſſarius vniuerſalis in teſtamento in ſcriptis adhiberi teſtis poſſet, non ideò tamen futurum, vt de ſubſtituto vulgari poſſet idem dici, quandoquidem vulgaris ſubſtitutus multò propiùs accedit ad heredem quàm ad vniuerſalem fideicommiſſarium, cùm ſit & ipſe heres, quamuis non niſi ſecundo loco & ſub condicione inſtitutus. Vnde eſt quod vulgarem ſubſtitutionem poſt Caium & prudentes cæteros, non niſi ſecundam, aut ſecundi heredis inſtitutionem diffinimus.

ERROR SEXTVS.

De teſtamentario executore adhibito teſte in teſtamento.

NOVA penè hæc quæſtio eſt, & à paucis tractata, An teſtamentarius executor teſtis in eodem teſtamento eſſe poſſit. Nec enim hac de re quicquam in prudentum reſponſis cautum legimus, ſiue quòd putauerint rem carere dubitatione, ſiue quòd antiquis

illis temporibus, aut nullus, aut minùs frequens vſus eſſet creandorum in teſtamentis executorum, ſaltem eo ſenſu quo teſtamentarios executores hodie appellamus, quaſi fruſtra id, & ſuperuacuò foret, ſi vel alius vel melior ſupremarum voluntatum executor, quàm magiſtratus, ad cuius officium & authoritatem ea res maximè pertinet, quæreretur. Fit ſanè mentio quibuſdam iuris noſtri locis de legatis vel fideicõmiſſis quæ certis perſonis ſic relicta eſſent, vt non tam forent illi legatarij & fideicommiſſarij quàm miniſtri ad legata vel fideicommiſſa aliis præſtanda. Vt *in l. ſi quis Titio* 17. *de legat.* 2. *l. ſi à pluribus* 107. *de legat.* 1. *l. Lucius* 78. §. 1. *D. ad S C Trebell.* Sed non tam ſint iſti propriè executores de quibus nunc agimus, quàm perſonæ quædam interpoſitæ per quas velit teſtator res ſuas ad aliquem peruenire, ſic tamen vt earum poteſtatem & authoritatem non tam implorare, quàm fidem & nudum miniſterium eligere videatur. Et hoc quidem legatorum diſpenſatores appellari poſſe non nego, quomodo appellari eos à Martian. *in Nouell. de teſtib.* obſeruauit Cuiacius tract. 2. ad African. *ad l. ſi à pluribus* 107. *de leg.* 1. Sed eſſe illos aut dici poſſe executores teſtamentorum de quibus in Nouell. Leonis 68. vt idẽ Cuiacius exiſtimat, id verò nego & pernego: fiétque apertiùs ex iis quæ ſequenti capite dicturi ſumus. Tractamus autem in propoſita quæſtione de veris teſtamentorum executoribus, cùm quærimus an teſtes in teſtamento eſſe poſſint, in quo nominati ſunt executores. Video placere multis, nõ poſſe iſtos teſtes eſſe. Sic enim Ioan. Dilect. *in tract. De art. teſtand. tit.* 2. *cautel.* 9. vbi disertè ſcribit cauendum eſſe ad validitatem teſtamenti ne quis ex executoribus in teſtem adhibeatur. In eámq; rem citat Bald. in conſiliis cuius expreſſa in eam rem ſententia eſt. Mouetur porrò Baldus ex eo quod ſcriptum eſt *in l. ex ſententia* 29. *D. de teſtam. tutel.* ex Senatuſconſulti Liboniani ſententia tutorem non eſſe eum qui ſe pupillo tutorem ſcripſit, etiamſi non ſit ambigua voluntas patris idipſum manu ſua declarantis: quamuis hoc caſu lex dicat dandum hunc quoque curatorem aliis etiam tutoribus conſtitutis, Nec admittendam excuſationem quam iure publico habebat, quoniam promiſiſſe videbatur, ſcribendo ſe tutorem, nec vt ſuſpectum poſſe remoueri cùm habeat pro ſe teſtatoris voluntatem. Sed locus ille quomodo, aut in quo ad rem noſtram faciat, difficile eſt animaduertere. Nam præter id quod non de eo tractamus, qui ſe manu ſua executorem ſcripſerit, ſed qui nuncupatiuo teſtamento executor à teſtatore nominatus ſit, Etiamſi nos de illo ageremus, probaret potiùs ea lex, non poſſe hunc executorem eſſe, quàm vt teſtis eſſe non poſſit, admiſſa etiam tutoris & executoris comparatione: Niſi fortè Baldus ad id reſpexit quod lex exigit, vt teſtator ſuam voluntatem manu ſua declarauerit ad hoc ne ſuſpectus videri poſſit qui ſe executorem dicit, ſed videre debuit longè magis ſuſpectum eum eſſe qui ſe manu ſua ſcripſit vel executorem vel tutorem, quàm qui teſtamento adfuit tanquam teſtis, Teſtamento præſertim nuncupatiuo quod ſcripturam non exigit, & in quo nemo ob id ſolùm quòd ſit teſtis, ſuſpectus fieri poteſt, quominùs teſtis eſſe poſſit. Quamquam vereor ne Baldus, vt fuit vir valde ſubtilis, maius quiddam & elegantius conceperit. Illud nimirum fortaſſe, In teſtamentis nuncupatiuis, tantundem poſſe dicta teſtiũ, quantum poteſt ſcriptura teſtatoris in teſtamento in ſcriptis. Ergo quemadmodum non poteſt eſſe tutor qui ſe tutorem ſcripſit, nec ſi appareat, indubitatè voluntatem teſtatoris eam fuiſſe vt hunc tutorem daret, ita neque eum

qui ſe

Digitized by Google

qui ſe tutorem datum eſſe probare vult proprio teſtimonio,tanquam adhibitus teſtis in nuncupatiuo teſtamento,quamuis cæterorum teſtium in eodem teſtamento adhibitorum dicta conſentiant.Secundum quam inductionem idem dicendum eſſet tametſi poneres hunc qui ſe tutorem dicit teſtamento nuncupatiuo datum,adhibitum fuiſſe in octauum teſtem, ita vt per ſeptem alios teſtes probari poſſit illud ipſum quod hic aſſerit tutorem ſe datum,Alioqui non poſſet indubitatè affirmari tutorem hunc datum fuiſſe, quomodo in ſpecie *d. l.ex ſententia*,indubitatum erat tutorem datum eum fuiſſe quem teſtator manu ſua talem declarauerat,cùm & teſtis huius qui ſe tutorem dicit,non poſſit aliquomodo non eſſe ſuſpectum in re propria teſtimonium,& numerus ſeptem teſtium in teſtamento quolibet ſiue in ſcriptis,ſiue nuncupatiuo vſque adeò ſit requiſitus,vt quod non niſi per ſex probari poteſt,perinde haberi debeat acſi per neminem probaretur. At cùm ſeptem teſtes adſunt non computato eo qui & in octauum adhibitus eſt & tutorem datum ſe dicit in teſtamento per nuncupationem condito, dubitari non poteſt quin ea teſtatoris voluntas fuerit,quæ per ſeptem teſtes omni exceptione maiores probatur,Nec eo minùs tamen ſuſpectus aliquomodo videri debet,qui ſe tutorem dicit proprio teſtimonio,vt ob eam cauſam proinde tutor eſſe non debeat ſed tantùm curator adiungi tutoribus vt teſtatoris voluntati de qua certiſſimè aliunde apparet, ſatisfiat. Et ita ſecundum hanc interpretationem fit vt bona ſit comparatio huius tutoris & illius de quo *in d.l.ex ſententia*,ſiue quòd nihil referat an quis tutorem ſe ſcribat, an teſtimonio ſuo comprobet,ſiue quòd nec rurſus quicquam interſit,an teſtator propria ſua manu voluntatem ſuam declarauerit,an voce ſua coram ſeptem teſtibus,qui de voluntate illa teſtificentur. Ac quoniam videt Baldus obſtare valde quod ſcriptum eſt *in §.legatariis inſt.de teſtam.ordin.*Etiam legatarios adhiberi poſſe teſtes in teſtamẽto,aliam conſtituit ille rationem tutoris,aliam legatarij,& executorem teſtamentarium vult ſimiliorem eſſe tutori quàm legatario.Supponere autem videtur Baldi ratiocinatio, quod an verũ ſit alibi diſputauimus Senatuſconſultum Libonianum aduerſus eos factum,qui legatum ſibi adſcripſerunt,licèt non niſi ad teſtamenta in ſcriptis pertineat quantum ad figuram verborum,ſi tamen ſentẽtiam inſpicias, etiam ad nuncupatiua extendi debere præſertim quæ per ſcripturam probentur,vt voluit Bart.ad *l.1.§.ex illa D.ad leg.Corn.de falſ.* Quaſi perinde ſuſpectus ſit qui legatum ſibi relictum eſſe proprio teſtimonio probare vult, atque is qui propria ſcriptura quamuis in hoc ipſo aliter ſentiat Bald. *ad l. 2.C.de his qui ſib.adſcrib.* Non deſunt tamen qui contra Baldum ſentiant,Executorem in eo quoque teſtamento in quo executor datus eſt teſtem eſſe poſſe:quod poſt Angelum defendit Bauerius *ad §.legatariis, inſt. de teſtam. ordin.*& poſt vtrumque Vueſembec,in paratitlis *ad Tit.D.qui teſtam. facer. poſſ.num.*11.Horum omnium ratio eſt quòd eadem executoris quæ legatarij cauſa eſſe videatur,cùm neutrius cauſa principaliter in eo vertatur, ſed heredis:De legatario autem nemo ex iſtis dubitat quin poſſit eſſe teſtis in teſtamento etiam nuncupatiuo. Cur non ergo,inquiunt, etiam executor?Nam & executor in hoc videtur fauorabilior legatario quòd nullum ex ſuo teſtimonio ſentit commodum ſed potiùs onus, & incommodum, Legatarius contrà ex legato nihil niſi commodè ſentire poteſt non onus *l. ſi hereditatem 32.D.mandat.*Obſeruandum autem eſt loqui nos de executore qui nu-

Digitized by Google

dus executor ſit, ad differentiam eius quem poſt Bartolum noſtri vocant executorem vniuerſalem & loco heredis eſſe dicunt Qualis ille eſt qui alio nullo herede inſtituto iuſſus eſt diſtribuere bona teſtatoris inter pauperes. Ita enim Bart. *ad l. alio herede n. 6. D. de alim. & cibar. legat.* vbi addit idem eſſe ſi Chriſti pauperes ſint heredes inſtituti *ex l. ſi quis ad declinandum,* & ibi Bald. & alij notant *C. de epiſc. & cleric.* Nam hunc qui heredis loco eſt negari non poteſt iuris ſucceſſorem eſſe, ideóque teſtem adhiberi non poſſe, Quomodo de fideicommiſſario ſupra ſcripſimus *ex d. §. legatarius,* Vt proinde parum interſit an dicamus eſſe illum loco heredis, quemadmodum Bartolus loquitur, itémque Alexan. poſt alios *conſil. 98. vol. 2.* An potiùs loco fideicommiſſarij, vt contra Alexan. ſcribit apoſtillator Pariſ. ad illum locum: Quamquam non poſſum videre, quo ſenſu aut qua ratione velit ille vniuerſalem executorem haberi pro fideicommiſſario cùm nemo eſt inſtitutus, cùm nec fideicommiſſum vniuerſale poſſit aliter ſubſiſtere quàm ſi & heres aliquis inſtitutus ſit & ab eo adita hereditas, ſi iuris rationem inſpicias. Nam ſi hoc referas ad Iuſtiniani *Nouell. 1. de hered. & falcid.* quæ etiam non adita per inſtitutos heredes, nec per ſubſtitutos hereditate fideicommiſſum tamen tuetur, admittitque fideicommiſſarium ad hereditatem: Inanis eſt quæſtio & inanior apoſtillatoris reprehenſio, cùm eo caſu fideicommiſſarius non tanquam fideicommiſſarius admittatur, ſed tanquam heres inſtitutus, nec ad petendum fideicommiſſum, ſed ad hereditatem adeundam: nec denique tanquam fideicommiſſarius vniuerſalis, ſed tanquam nominatus in teſtamento : Siquidem & in fideicommiſſario ſingulari & in legatario idem eſſet, niſi quòd fideicommiſſarius vniuerſalis tanquam dignior præfertur cæteris omnibus ſingularibus & legatariis. Vtcunque ſit, non puto quemquam eſſe qui negare auſit, Executorem vniuerſalem eo caſu quo ſiue heredis, ſiue fideicommiſſarij loco ſit teſtem in teſtamento adhiberi poſſe : quandoquidem nec heres inſtitutus nec fideicommiſſarius vniuerſalis poſſet, tanquam qui ſint iuris ſucceſſores *d. §. legatarius,* vbi hoc ipſum de fideicommiſſario vniuerſali Angel. de Aretio, Ioannes Faber & alij plerique nominatim ſcribunt. Talem námque executorem vniuerſalem heredis loco eſſe apparet ex eo quod ſupradicto loco vult Bartolus & poſt eum cæteri, Poſſe illum conueniri, hereditariis actionibus, Quod vtique in ſucceſſorem ſingularem non cadit *l. vlt. C. de hered. act.* diſputatio igitur noſtra eſt de nudo & particulari, vt vocát, executore qui non ſolùm non heredis loco, ſed neque legatarius ſit. In eo ſiquidem qui etiam legatarius ſit, fatentur omnes eadem obſeruanda eſſe quæ in legatario ſimplici. Sic nimirum Angel. & Bauerius ſupradictis locis.

ERROR SEPTIMVS.

De executore qui ſit etiam legatarius, aut qui executoris onus in eodem teſtamento agnouerit. Et cui ſimilior ſit executor ſimplex an tutori an legatario.

EGo

Digitized by Google

EGo verò illud primùm probare non poſſum quod ab omnibus probari modò diximus, in eo qui & executor & legatarius ſit idem iuris conſtituendum eſſe quod in legatario ſimplici conſtitueretur, Nam quemadmodum dici ſolet duo vincula eſſe fortiora vno ad colligandum aliquid & conſtringendum, *l. pen. C. de adopt.* ita & duo impedimenta potentiora ſunt quàm vnum ad prohibendum ne aliquid fiat. Atqui in executore qui legatarius quoque ſit duplex ratio dubitandi ſubeſt ne videatur ad teſtimonium admittendus, Et quia executor, & quia legatarius eſt. Difficiliùs igitur admitti poteſt vt ſit habilis ad ferendum in teſtamento teſtimonium: præſertim verò, quoniam qui executorem defendũt poſſe teſtem eſſe, mouentur ex eo potiſſimùm quòd alieni non proprij commodi cauſa in teſtem adhibeatur, ſicuti ſuprà diximus: Quæ ratio euidenter ceſſat in eo, qui executor ita eſt vt ſit etiam legatarius. Deinde vt maximè bona eſſet comparatio executoris ſimplicis & legatarij ſimplicis, iam oſtendimus in præcedentibus legatarium olim quidem potuiſſe teſtem eſſe in teſtamento in ſcriptis, ſed non in nuncupatiuo: Hodiè verò neque in teſtamẽto in ſcriptis teſtem eſſe poſſe, quia iuris ſucceſſor eſſe poteſt *ex d. Nouell. 1. de hered. & falcid.* Conſequens igitur eſt vt ſimiliter executor teſtamentarius nec teſtis eſſe olim potuerit in teſtamento nuncupatiuo, nec hodie eſſe poſſit etiam in teſtamento in ſcriptis & ſollenni, quia nec dubitandum eſt quin poſt ſupradictam Nouellam Iuſtiniani conſtitutionem executori liceat hereditatem vacantem adire poſteaquàm repudiari eam contigerit à cæteris omnibus quibus aliquid eo teſtamento relictum proponatur, cùm ad executores maximè ſpectet vt teſtatoris voluntatem executioni mandent & ad effectum perducant, quod vnum Iuſtiniano propoſitum fuit, in tam nouo, ne dicam abſurdo iure conſtituendo, in quo alia certè ratio eſt executoris, alia tutoris qui nullo planè caſu nullóque colore fieri vnquam heres poteſt, licèt ab omnibus cæteris in teſtamento nominatis hereditas omittatur. Manétque etiam hodie incorrecta *l. ſi nemo 9. D. de teſtam. tutel.* Sed neque verum eſt quod interpretes omnes ſupponunt pro vero, Si quando legatarius prohibeatur teſtis eſſe in teſtamento, non alia ratione id fieri, quàm quòd non ſit ei permittendum vt reuocatam in dubium voluntatem teſtatoris ore ſuo probet ad ſuum proprium commodum, quæ ratio ceſſaret ſanè in executore non legatario quem certum eſt non ad commodum aliquod ſed ad merum onus inuitari. Nam licèt de voluntate teſtatoris aliunde conſtet tam apertè, vt dubitari nullomodo poſſit, quin legatum reliquerit qui in teſtem adhibitus fuit, Illa tamen ratio ſemper obſtat legatario ne poſſit eſſe teſtis ſaltem in nuncupatiuo teſtamento, quod perinde verum ſit adhibitum eum fuiſſe teſtem in cauſa propria, quod nunquam ferendum eſt, nec ſi onus & damnum potiùs ex ſuo teſtimonio quàm lucrum & commodum ſenſurus eſſe videatur. Idque nec obſcurè nec dubiè probatur ex Papiniani reſponſo *in dict. l. ex ſententia*, vbi quamuis tractetur non de legatario ſed de tutore qui ſe tutorem ſcripſerat, nec falsò ſed ex teſtatoris voluntate de qua conſtabat aliunde certiſſimè per propriam & indubitatam ipſius ſcripturam: negatur tamen poſſe illum ex eo teſtamento tutorem eſſe etiamſi maximè velit, ſed cogendum nihilominus pati vt aliis tutoribus pupillo datis curator adiungatur, quantumuis ab eo munere obeundo velit ſe excuſare. Quid enim eſt quod tutorem illum arceat à tutela? An

Digitized by Google

quia voluntatem teſtatoris dubiam ipſe fecerit ſcribendo ſe tutorem? Minimè. Tractat enim Papinianus caſum illum quo teſtatoris voluntas certiſſima ſit & indubitata. Et quamuis poſſit ipſe ſuſpectus videri tanquam qui ſe ingeſſerit, nihilomagis tamen ſuſpectam facit voluntatem teſtatoris quæ aliunde ſit indubitata, ideóque nec tanquam ſuſpectus remoueri poteſt, vt ſupradicto loco Papinianus cõcludit. Porrò quid intereſt, an quis ſe tutorem ſcribat in teſtamento in ſcriptis, an verò teſtem ſe faciat in teſtamento nuncupatiuo, vt ſe probet tutorem nũcupatum eſſe? quemadmodum pro Baldo ſuprà diſputabamus. Quòd ſi hæc in tutore non malè diſputantur, quidni etiam in executore locum habebunt? Nam & executores tutores appellari non eſt nouum vt ſeq. cap. dicemus ex Leonis Nouell. 68. Et quemadmodum tutorem eſſe honor quidem ſed onus eſt, ita & executorem eſſe. Amplius dico, meliorem hac parte condicionem eſſe tutoris quàm legatarij. Nã is qui ſe tutorem ſcripſit etſi tutor eſſe non poteſt, nec ſi de teſtatoris voluntate liquidò appareat, curator tamen dari & aliis tutoribus conſtitutis adiungi poteſt & debet *d. l. ex ſententia.* At legatarius, qui quoniam teſtis in teſtamento nuncupatiuo fuit, legatum conſequi nullo modo poteſt, nullo alio iure admitti poteſt ad legatum, ideóque nihil ei prodeſſe poteſt quòd aliunde certa ſit & explorata pro eo volũtas teſtatoris, niſi hactenus vt falſi pœna ei remittatur *l. 2. C. de his qui ſib. adſcrib.* Et in hoc quoque rectiùs comparari poteſt tutori executor quàm legatario. Qui enim vel executorem ſe ſcripſit in teſtamento in ſcriptis, vel teſtis fuit in teſtamento nuncupatiuo quo executor nuncupatus dicitur, etſi non poteſt executor eſſe, poteſt tamẽ ſi de voluntate teſtatoris indubitatè cõſtet, eã authoritatẽ retinere, vt nihil ſine ipſius conſilio cæteri executores facere debeant, vt qui executor eſſe nequit, ſaltem ſit conſiliarius executoris, ſicut & tutorũ conſiliarij aliquando fiunt *l. Titio & Maeuio 47. in princ. D. de admin. tutor.* At is qui legatarius eſſe nõ poteſt quia teſtis fuit, licet pro ſe habeat certiſſimam alioqui teſtatoris voluntatem, nõ ideò tamẽ aut fideicommiſſarius, aut tale quid aliud fieri poteſt per quod legati emolumentũ aliquod retineat. Concludamus igitur pro Baldo aduerſus receptiorẽ noſtrorum ſententiã, Executorem teſtamẽtarium in teſtamento nuncupatiuo teſtẽ eſſe non poſſe, Multò minùs verò ſi quod plerunq; fit, aliquid ei legatũ ſit quaſi in cõpenſationem & remunerationẽ ſuſcipiendi oneris, Aut ſi executor iniunctũ onus ſuſcepturũ ſe receperit coram teſtatore ac cæteris teſtibus. Hoc enim caſu neceſſe eſſet propriæ acceptationis teſtẽ eũ eſſe quod fieri certè nullomodo poteſt. Quòd ſi ambo hæc concurrant vt & executori legatũ aliquid ſit, & executor ſe onus ſuſcepturũ promiſerit, Tãtò maior ratio eſt vt teſtimonium eius reiiciatur, & conſequenter teſtamentum corruat tanquam ſollenni numero deſtitutum, quia credibile eſt contemplatione legati fuiſſe iniunctum ei ab eóque viciſſim agnitum onus executionis, atque ita quemadmodum ipſe promittendo ſe obligauit ne poſtea excuſationẽ vllã allegare poſſit etiã quã haberet iuſtiſſimã, ita & obligatũ videri teſtatorẽ ne legatũ adimere vnquã poſſit, etiãſi maximè velit. Vt actuũ correſpectiuorũ eadẽ ratio in vtrũq; euẽtũ cõſtituatur *arg. l. cum te 6. C. de pact. int. emp. & vẽdit.* Hoc verò prorſus alienũ eſt à iure vltimæ volũtatis vt reuocari nũquã poſſit *l. ſi quis in principio 22. de leg. 3.* Sicut & illud, vt in teſtamẽto interueniat cõtractus qui vel teſtatorẽ obliget legatario, vel legatariũ aut aliũ quempiã teſtatori, quẽadmodũ in præcedẽtibus Decadibus à nobis

ſuſiſſimè

Digitized by Google

fuſiſſimè tractatum fuit. Non nego poſſe executorem præſentē eſſe, Quidni enim poſſit cùm is maximè voluntatem teſtatoris ſcire debeat, vt eam exequatur? Nec rurſum nego poſſe illum dare fidem teſtatori & ſe obligare de ſubeundo executoris munere, Sed nego eum poſſe teſtem adhiberi, vt valeat teſtamentum nuncupatiuum, in quo non poſſit dici ſeptem teſtes adfuiſſe ſi non computes huius perſonam quæ porrò vel ad totam voluntatem, vel ad nullam eius partem probandam computanda eſt, cùm actus teſtamenti ſit indiuiduus, & teſtes ſinguli teſtificari debeant de toto tenore teſtamenti. Scio Paulum Caſtrenſem *ad l. qui teſtamento 20. num. 6. D. qui teſtam. fac. poſſ.* ita exiſtimare vt quamuis ad inſtitutionem probandam ſeptem teſtes requirantur, Ea tamen probata poſſint quinque teſtes ſufficere ad probandum legatum in eodem teſtamento factum. Quia inquit, poterant ſufficere à principio quinque teſtes ad relinquendum hoc legatum: Sicut in codicillis reuocari poſſet coram quinque teſtibus vel ipſo iure vel ſaltem ope exceptionis. Sed ea opinio euidenter falſa eſt. Nec enim minorem teſtium numerũ exigit legatum quod in teſtamento relictum fuit, quàm inſtitutio: Adeóque nec poteſt relinqui niſi in codicillis teſtamento confirmatis. Quorum ſingulare ius eſt vt omnia quæ in iis ſcripta ſunt perinde habeantur, acſi in teſtamento ſcripta eſſent. Scilicet cùm vtraque voluntas ſollennis eſt *l. 2. §. codicillorum l. illud 13. §. 1. D. de iur. codicill.* Nec eo minùs tamen verum eſt poſſe legatum coram quinque teſtibus reuocari, quia & nuda voluntate poſſet adimi ſaltem hactenus vt doli exceptio noceret legatario *l. 3. §. vlt. & l. 4. D. de adim. legat.* licèt in teſtamento ſollenni relictum ſit, & coram ſeptem teſtibus.

ERROR OCTAVVS.

De muliere executrice teſtamentaria. Ad l. à filio 23. de alim. leg. l. pen. §. matri de adim. legat.

MVLIEREM poſſe executricem fieri teſtamentariam ſcribit Bartolus *ad l. à filio 23. D. de alim. legat.* & cum Bartolo ſentiunt etiam cæteri qui nec Bartolo ſubtiliores fuerunt, nec ab eius opinionibus recedere propemodum fas ſibi eſſe crediderunt, moti omnes ex eo, quod hoc ipſum apertè ſcriptum eſſe putant in *d. l. à filio*, vbi proponebatur quidam à filio herede inſtituto Seiæ decem reliquiſſe & alumno quadringenta his verbis *Mæuio infanti alumno meo quadringenta dari volo, quæ peto à te Seia ſuſcipias & vſuras ei quincunces, in annum vſque viceſimum ætatis, eúmque ſuſcipias & tuearis.* Sic enim noſtri locum hunc accipiunt vt Seia in decem quidem ſit legataria, ſed in quadringentis alumno relictis ſit executrix teſtamentaria. Quod tamen non ita eſt: Sequentia enim verba Scæuolę oſtendunt, Eſſe Seiam in hac ſpecie fideicommiſſo grauatam non executricem. Nam cùm quæreretur an Seia poſtquàm legatum ſuum acceperat ſi nollet pecuniam alumno relictam ſuſcipere, vel in ſuſcipienda ea ceſſaret onus alimentorum ex die mortis teſtatoris, compellenda eſſet agnoſcere. Reſpondet Scæuola ſecundum ea quæ proponerentur compellendam præſtare, *cùm* inquit, *fideicommiſſum ſit.* Nam cùm Seia legatum percepiſſet, potuerat haud dubiè grauari fideicommiſſo, vt & alius legatarius quilibet *Inſt. De ſingulis rebus per fideicommiſſum relict. in princip. leg.*

Vu

Imperator.70.§.ſi centum de legat.2. Et idcircò ſubiungit Scęuola non modò Seiam, ſed ipſius quoque heredem in annos vſque viginti eadem alimenta pręſtare alumno debere. Quod vtique dici non poſſet ſi Seia non niſi executrix teſtamentaria fuiſſe proponeretur. Nec enim executoris officium tranſit ad heredem, vt nec tutoris, cùm ſit electa fides & induſtria perſonæ *l.tutela 16.§.1.D.de tutel.l.cuius bonis 9.D.de curat.furioſ.* Sed legatorum & fideicommiſſorum onera tranſeunt, vt & alia omnia quæ rei cohærent non perſonæ. *l. cùm vnus 10.in princip.l.alimenta 16.in princ.De alim.& cibar. legat.* Quamquam & in hoc plerique ex interpretibus contra nos ſentiunt, qui executoris quoque officium ad heredem tranſire putant, iure cuiuſdam obligationis vt dicere ſolebat Dynus quem ſupradicto loco Bartolus refert, nec tamen probat, niſi eo ſolo caſu quo illa obligatio qua tenebatur defunctus, continebat onus burſale non perſonale. Quaſi verò poſſit officium executoris nudi hoc eſt qui non ſit etiam legatarius aut fideicommiſſarius adnexum habere onus burſale, quod ſanè probari nullo iuris loco poſſit. Pecuniarium enim commodum eſſe oportet quod quis ex teſtamento ſentiat, vt eodem teſtamento grauari per fideicommiſſum poſſit, Nec ſufficit, honorem ſine commodo delatum eſſe: Alioqui dicendum erit, Tutorem quoque fideicommiſſo grauari poſſe, quod nemo vnquam dixit. Adfert etiam Bartolus aliud reſpõſum Scæuolæ *in l.filio pen. §.matri de adim. legat.* vbi cùm quidam matri ſuæ heredi ex parte inſtitutæ, quatuor prædia legaſſet, eiúſque fideicommiſiſſet, vt ex his duo ſocero reſtitueret, deinde codicillis ſocero fideicommiſſum ademiſſet, ac quæreretur an ea prædia nihilominùs, ex prælegato ad matrem pertinerent, Reſpondit Scæuola nihil proponi cur pertinerent: Cuius reſponſi ſanè mirabilis cùm aliam rationem excogitare interpretes non poſſent, dixerunt matrem in ea ſpecie non tam legatariam fuiſſe, quàm electam vt miniſtram, id eſt vt iidem illi interpretantur executricem, penes quam proinde non debuerit remanere fideicommiſſum quod ei non fuerat datum niſi propter fideicommiſſarium, & ſubinde fideicommiſſario ademptum: Ex eóque nimirum inferunt, Etiam mulierem executricem teſtamentariam eſſe poſſe. Sed quid apertiùs quàm videre, In illa ſpecie matrẽ fuiſſe legatariam? cùm Scæuola disertè ſcribat in hæc verba: *matri ſuæ heredi ex parte inſtitutæ quatuor prædia legauit.* Cùm igitur dici non poſſit fuiſſe matrem nudam miniſtram, multò minùs executricem, conſequens eſt vt alia eius loci non tam ratio, quàm ſententia quærenda ſit, eáque emendatio admittenda quam nos attulimus *lib.3. Coniect.cap.16.* vbi pluribus oſtendimus mendum eſſe in recepta lectione, & addita negatione legendum *cur non pertinerent.* De quo quia illic plura ſcripſimus, fruſtrà eſſet hîc alia ſcribere: Sufficiat monuiſſe neq; ex illo neq; ex alio vllo iuris loco probari potuiſſe quod Bartolus probare voluit, Mulierem executricẽ teſtamẽtariã eſſe poſſe: Quo præſuppoſito ſequitur totam quæſtionẽ hãc ex mera ſoláque ratione iuris decidendam eſſe. Porrò manifeſta eſt ratio iuris, Officium executoris nõ minùs virile eſſe quàm tutoris aut curatoris, ab eóq; idcirco arceri mulierẽ vt à cæteris omnibus officiis virilibus debere *vulg.l.fœmina 2.De regul.iur.* vbi quod Bartolus notat eſſe hoc officiũ priuatũ non modò vtilitate, ſed etiã authoritate, nõ facit vt eo minùs ſit virile, Cùm magno & pręcipuo quodam animi vigore opus ſit, quoties executio aliqua faciẽda eſt ſiue ſentẽtiæ ſiue vltimæ volũtatis. Vnde eſt quod ait *l.ſi longis 7.C.de exec.rei iudic.* per iudicati executorẽ perduci ad effectũ vigorẽ rei iudicatæ. Eóq; reſpiciẽtes etiã ſummi Põtifices voluerũt vt exequẽdarum

Digitized by Google

vltimarũ volũtatũ cura ad Epiſcopos pertineat, ſi vel alij executores nulli in teſtamento creati ſint, vel qui creati ſunt negligentes ſe præbeant in exequẽda defuncti voluntate, quales tum demum eſſe videntur, cùm intra annum eam executioni non mandarunt. *cap. fin. de teſtam. in 6.* Quid verò abſurdius, quàm mulierem admittere ad id muneris obeundum, quod ſi non Epiſcopi proprium, ſaltem Epiſcopi cura & authoritate dignũ exiſtimetur? Aut quid ſtultius, quàm Epiſcopum facere ſuccedaneum ac veluti ſuccenturiatum, & vt ita dixerim vicarium mulieris ad ſupplendam muliebrem negligentiam? Fateor poſſe mulierem ita fieri legatariam, vt tamẽ effectu ipſo ſit nuda miniſtra, & velut interpoſita perſona per quã poſſit res legata ad aliũ puta fidei cõmiſſariũ peruenire vt *in l. ſi quis Titio 17. de leg. 2.* aut vt ſit legati diſpenſatrix inter plures ad legati cõmodũ inuitatos, vt *in l. ab omnib. 107. de legat. 1.* Sed nõ æquè admittã poſſe illã fieri executricẽ teſtamẽti. Maius. n. & digni⁹ id quiddã eſt, quàm vt in muliebris ſexus lubricũ, infirmitatẽ, & imperitiã cadere poſſit.

ERROR NONVS.

De ſimilitudine executorum teſtamentariorum cum tutoribus, Et de Bartoli diſtinctione ad l. fœmina De reg. iur.

EIVSQVE rei non leue argumentum illud videtur, quod huiuſmodi executores teſtamentorum, ex quo cœperunt in vſu eſſe (fuerũt enim vt ſuperioris capitis initiò ſcripſimus, toti veteri Iuriſprudẽtiæ incogniti) cœperunt etiam tutores dici, Adeò vt ob eam cauſam dubitari quoque cœperit an monachis quibus interdictum eſt ne tutelę officio fungi poſſint, liceat executores fieri teſtamentorum, Quoaduſque ſupradicta Leonis Nouell. 68. deciſum illud eſt ſancitúmque vt ab hoc tutelæ genere monachos prohiberi non oporteat, ob euidentem diſſimilitudinis rationem, quòd alia veræ tutelæ ſpecies impedimento ſit, ne monachus diuinis vacare poſſit, non etiam poſterior, quæ monachos potiùs decet: Quòd ſi tantoperè diſtaret officium executoris teſtamentarij à tutore pupillari, quãtopere diſtare neceſſe eſſet, ſi mulier quæ ad extranei pupilli tutelam nunquam niſi ex ſpeciali beneficio & reſcripto Principis admittitur, tam facilè fieri poſſet executrix teſtamentaria, quid attinebat obſecro de hoc dubitare An monachi poſſent eſſe executores, cauſamq; dubitandi ex eo ſumere quòd pupillares tutores eſſe non poſſint? Aut quónam colore cœpiſſent executores teſtamentarij dici tutores, ſi eorum officium cum officio veri tutoris nulla ſocietate coniungeretur? Nec eſt quod quis obiiciat ex ea Leonis Nouella potiùs probari Non eſſe bonam conſecutionem ſi inferatur, Mulierẽ ideò non poſſe executricem eſſe teſtamẽtariam, quòd tutrix eſſe non poſſit, Cùm in monachis vtrũque verum eſſe placeat, vt & tutores eſſe nequeãt, & nihilominùs executores eſſe poſſint. Nã reſpõdebo, In monachis ita ius eſſe, & quia ſic cõſtitutũ eſt à Leone, & quia ſic cõſtituẽdũ fuit ob euidẽtẽ illã diuerſitatis rationẽ quę ponitur in Nouella. At in mulieribus neq; tale quicquã cõſtitutũ fuiſſe neq; cõſtitui debuiſſe. Cùm eadẽ ratio illas arceat ab vtroq; munere vt nõ magis executrices teſtamẽtorũ, quàm tutrices eſſe poſſint, quia vtrũq; officiũ virile eſt, vel hoc ipſo, quòd vtrũq; eſt ciuile. Siquidẽ iuris ciuilis dignitas nõ patitur, vt ad officiũ vllũ ciuile admittãtur fœminę *d. l. 2. de regul. iur.* Sicut nec olim comitiorũ ius habuerũt, Adeò vt ob eã cauſã nec teſtes in teſtamento adhiberi poſſint, Retento ſc. eo iure ex prima teſtamẽtorũ origine,

quòd antiquis illis temporibus teſtamenta vix aliter quàm calatis comitiis fieri ſolerent *l. qui teſtamento 20. §. mulier D. qui teſtam. facer. poſſ.* Gell. *l. b. 5. cap.* 16. Quomodo igitur teſtamentorum executrices eſſe poterunt? Nam officium illud non tantùm virile, ſed etiam ciuile eſſe ex eo quoque conſtat quod nec interpretes ipſi diffitentur ſeruos ad eiuſmodi officium admitti non poſſe. Sic enim Bald. *ad l. id quod pauperibus C. de epiſc. p. & cleric.* quamuis capaces ſint ſerui eorum omnium quæ in facto magis quàm in iure conſiſtunt *l. qui heredi 44. De condic. & demonſtr. l. pen. D. de capit. minut.* Nimirum quia nullam iuris ciuilis communionem habent, adeóque nec prætor *d. l. qui teſtamento §. ſeruus*, Authoritas verò illa exequendi, vt Baldus appellat, quin iuris ſit negari vtique non poteſt, nec rurſum quin ſit officium ciuile, ideóque in ſeruum cadere nullomodo poteſt. *l. illa verba 68. De verb. ſignific.* Itaque non eſt admittenda diſtinctio illa Bartoli *ad d. l. fœminæ in fin.* vt mulier non poſſit quidem executrix eſſe ad tractandas lites, ſed poſſit tamen eſſe ad tractanda negotia. Non enim minùs inepta eſt & inhabilis mulier ad tractanda negotia quàm ad tractandas lites, quoties tractanda ſunt ex officio aliquo quod ciuile ſit, & conſequenter virile, Ne alioqui paullatim dici incipiat, Etiam mulieri permittendum vt tutrix eſſe poſſit ad omnes res pupillares tractandas præterquàm ad lites, quod planè ſtultum eſſet. Aut enim neutrum mulieri permittendum eſt, aut vtrumque ſi quo caſu tutrix eſſe poſſit Nec rurſus erat cur Bartolus quaſi ſupradicta diſtinctione minùs quàm par erat fœminis indulſiſſet, ſubiiceret, licet dubitanter, generaliorem propoſitionem, Fauore teſtamentorum recipi debuiſſe vt fœminæ executrices eſſe poſſent. Nam imò verò fauor teſtamentorum exigit potiùs, vt ab eo quoque officio fœminæ arceantur, vt maiore diligentia, induſtria, fide, ac authoritate voluntates defunctorum executioni mandentur, quàm per muliebrem ſexum fieri & præſtari poſſit. Neque felicior, licèt audacior Bald. *ad d. l. id quod pauperibus num. 4.* vbi contendit poſſe mulierem eſſe executricem etiam ad iudicia, Saltem quod pertinet ad pias cauſas, vt quod fauori teſtamentorum tribuere non potuit, tribueret fauori piæ cauſæ. Ratio enim quam adfert quòd mulier facta executrix poſſit habere actionem aut implorare officium iudicis proprio nomine, Leges autem quæ repellunt fœminas à limine iudiciorum, ad eum caſum reſtringi debeant, quo velit fœmina nomine alieno agere non ſuo ex *l. alienam 18. C. de procurat.* præter id quod tam generalis eſt vt ſi vera eſſet, reſtringi ad pias cauſas non poſſet, falſa etiam eſt, aut ſaltem malè accommodata. Primùm quia ſupponit hoc ipſum quod in quæſtione eſt & quod nos negamus, Mulierem executricé eſſe poſſe, Siquidem prius eſt vt executor quis ſit quàm vt eo iure executoris poſſit vel ſuo nomine agere, vel iudicis officium implorare: Nec quemadmodum quiſquis executor eſt ius illud habet: Ita è conuerſo poſſis dicere omnem qui ſuo nomine vel agere vel iudicis officium implorare poſſit executorem quoque eſſe poſſe: Illud enim prætereà, & ante omnia requiritur vt ciuile officium exercere poſſit, quod de fœmina dici nequit: Alioqui etiam ſeruus executor eſſe poſſet, quia pleriſque ex cauſis habet etiam ſuo nomine aditum ad prætoré, vt eius officium ſuo nomine implorare poſſit *l. vix certis ex cauſis 53. D. de iudic. l. mulier 22. §. non eſt dubitatum D. ad SC. Treb.* Deinde, quia quod dicimus permitti mulieribus, vt actiones exerceant quas ſuo nomine habẽt, de iis actionibus intelligi debet quas illæ in rem ſuam & ad propriũ cómodũ exerceãt,
non

Digitized by Google

non in rem alienam & ad commodum alienum: Nam ſicuti alieno officio fungi non dicitur qui alienam actionẽ ſibi mandatã exercet ſuo cõmodo *l. qui ſtipendia 9.C.de procurat.* Ita nec è cõtrario actionem ſuam vel ſuo nomine exercere qui exercet in rem & vtilitatem alienam: quod tamen facit quiſquis executor eſt teſtamenti. Agit enim tractátque rem alienam is cuius officium non aliud eſt quàm vt iuſtam defuncti hominis voluntatem in alias perſonas collatã exequatur curétque quantum poteſt vt effectum ſortiatur, cuius commodũ non ipſe ſenſurus ſit, ſed alij qui teſtatoris liberalitatẽ meruerunt.

ERROR DECIMVS.

De muliere quæ facta executrix teſtamentaria conuolauit ad ſecunda vota.

MIRABILIVS eſt quod idem Bartolus ſcribit ad *d.l.à filio 15.D. de aliment. & cibar. legat.* Mulierem quæ facta executrix teſtamentaria conuolauerit ad ſecunda vota, non ideò amittere ius & authoritatem exequendi, Quamuis amitteret tutelam ſi tutrix facta proponeretur. Ita namque fit ſecundum opinionem Bartoli vt plus iuris habeat mulier executrix teſtamentaria quàm quæ tutrix eſt: Cùm tamen nulla lege permiſſum ſit mulieri ſuſcipere executionem teſtamenti Permiſſum verò ſit à Iuſtiniano ſuſcipere tutelam filiorum ſi mater ſit, aut nepotum ſi auia *Tit.C.quand.mul.tutel.offic.fung.poſſ.* & Nouell.22. *de nupt.* Bartolum illud mouit quòd ius iſtud exequendi teſtamenta difficiliùs amittatur, quàm tutela, Siue quòd permittatur mulieri iureordinario, tutela verò non niſi ex priuilegio cuius amiſſio facilior eſſe ſolet, Siue quòd tutela in iure magis quàm in facto conſiſtat, Executio autem teſtamenti in facto potiùs quàm in iure. Sunt enim hæ duæ rationes quas pro tuẽdo Bartolo adducere quis poſſit, licèt ipſe non adducat. Adfert tamen ad ſententiæ ſuæ confirmationem, quod ſcriptum eſt in *l.cùm pater 77.§.hereditatem filius de legat. 2.& in l.ex facto 17.§.ex facto D.ad SC.Trebell.* eligendi facultatem teſtamento alicui datam qui poſtea in inſulam deportatus ſit, pœna non eſſe peréptã. Quaſi executor teſtamentarius ille ſit cui teſtator eligendi facultatem dedit, vtri ex pluribus fideicommiſſum præſtare mallet. In quo rurſus euidẽter fallitur. Etſi enim qui ex pluribus ad fideicommiſſum inuitatis aliquem eligit pro data ſibi à teſtatore ita faciendi facultate, voluntatem teſtatoris hac parte exequitur, Non ideò tamen executor teſtamentarius dici poteſt, eo ſenſu quo nunc de executoribus tractamus, Niſi fortè illos quoque executores omnes dicere volumus qui ſatisfaciunt voluntati teſtatoris ſiue heredes ſint ſiue legatarij qui fideicõmiſſũ ſibi iniũctũ præſtent, aut in qua alia re impleãt defuncti volũtatẽ, Quod planè fuerit perabſurdũ. Qui enim facit quod teſtator fieri præcepit, facit tãtùm id quod facere debet, nec tã vt teſtatoris volũtatẽ totúmque ipſũ teſtamẽtũ exequatur, quàm vt volũtati pareat ipſe in eo quod ſibi iniunctũ eſt à teſtatore, & vt fidẽ ſuã exſoluẽdo liberet ſe ab onere fideicõmiſſi. Deniq; qui eligit, facit vel tãquã heres, vel tãquã legatarius, vel tãquã fideicõmiſſarius oneratus fideicõmiſſo, nõ tãquã executor teſtamenti. Proinde dicimus electionẽ illã eſſe meri facti, quia eſt meræ volũtatis, & idcirco eligẽdi facultatẽ nõ intercidere per deportationẽ, quia deportatio non auffert volũtatem, nec adimit ea quæ ſunt facti *d.l.pen. De capit.minut.* ſed illa tantùm quę ſunt iuris, & quidẽ ciuilis, quoniã ciuitatẽ tãtùm auffert nõ liber-

tatem *l. vlt. eod.* At executorem eſſe & ius habere cogendi heredis aut legatarij aut fideicõmiſſarij vt teſtatoris voluntatẽ impleat, iuris ſanè eſt non facti ſiue per actionẽ ſiue per imploratũ iudicis officiũ ius illud exerceatur licèt executio ipſa ſiue per executorem, ſiue per heredẽ aut alium fiat, facti ſit non iuris. Vnde etiam eſt quod executoris officium dicimus, eius verò qui elegit vt eligere debuit, non tam officiũ quàm debitũ. Itẽ quòd non quemadmodũ executori à teſtatore nominato liberũ eſt vt iniunctũ ſiue onus ſiue honorẽ veris dicere, vel ſuſcipiat, vel recuſet: Ita dici poſſit permiſſum eſſe heredi, vel legatario, vel fideicõmiſſario qui aliquem eligere iuſſus eſt, vt neminem eligendo ſe liberet, eximátque ab onere fideicommiſſi. Nam ſi neminem elegerit, non eo minùs tenetur vt ipſe vel ipſius heres fideicõmiſſum præſtare debeat omnibus qui eligi potuerũt *l. vnum ex familia 67. § rogo. de legat.* 2. quãuis non tã ex teſtatoris voluntate id fieri videatur, quàm in pœnam eius, qui cùm poſſet, ac deberet noluit parêre voluntati, Ne alioqui in ipſius poteſtate fuerit neminem eligendo fideicõmiſſum illuſoriũ facere & inane, quemadmodũ ſcripſimus Decade 52. Malè igitur Bartolus & qui eũ ſequuntur interpretes probant ex ſupradictis legibus, quæ de eligendi facultate alicui data loquũtur Executoris officiũ quaſi in facto magis quàm in iure cõſiſtat nõ perimi per irrogatam pœnam, ſiue deportationis illa ſit, ſiue alia. Quomodo enim agere aut conueniri ex teſtamento executor poſſet poſt deportationem, cùm deportatus nullã iuris ciuilis cõmunionem habeat, Actiones autem omnes itémq. teſtamenta ſint merè iuris ciuilis? Alioqui perinde inferres etiã ſeruũ executorem teſtamento fieri poſſe, cùm capax ſit eorũ omniũ quæ in facto magis quàm in iure conſiſtunt. Quod tamen nos ſuperiore capite ex ipſo etiã Baldo negauimus dici poſſe. Sed etſi bona eſſet comparatio executoris teſtamentarij & eius, qui vnũ ex pluribus eligere iuſſus eſt à teſtatore, Separãda tamen eſſet hac parte pœna deportationis ab illa quã meretur patitúrq. mulier quę ad ſecũda vota conuolauit. Ideò nãq. pœna deportationis facultatem eligendi nõ adimit, quoniam voluit teſtator pendere electionem ex mera grauati volũtate, quæ haud dubiè nõ intercidit per deportationem, ſed eadem manet. At pœna quæ propter ſecũdas nuptias parẽti irrogatur, vt cætera cõmoda omnia quæ ex prioris cõiugis liberalitate prouenerũt, eripit ſuperſtiti: Ita nec eligẽdi facultatem vllã ei ſaluã relinquit, vt poſſit pro arbitrio quem velit etiã ex ipſis liberis eligere *Nouell. 2. de non elig. ſecund. nub. mulier. & Nouell. 22. de nupt. cap. 25.* vnde ſumpta eſt *Auth. lucrũ hoc C. de ſec. nupt.* Népe quòd vt Iuſtinianus ait liberis omnib' æqualis per ſecũdas nuptias facta ſit iniuria. Nec tãtũ liberis, ſed etiã marito quẽ honor benè tranſacti matrimonij, fides etiã cõmunium liberorũ permouerat vt matri de qua meliùs præſumpſerat, electionem daret *arg. d. l. vnũ ex familia 67. § vlt. de legat.* 2. Neq. enim quicquã referre arbitror an ſuperſtes mulier facultatem illã eligendi quem vellet ex liberis, quã habent matres omnes quæ ad ſecũda vota nõ cõuolãt habuerit ex mariti prædefũcti expreſſa volũtate, an ex legis diſpoſitione: cùm vtroq. caſu perinde decipiatur pater qui meliùs de matre præſumpſerat. Eâdem igitur ratione dicendum eſt, Si ſuppoſito errore interpretum fingas vxorem factã executricem teſtamentariam à marito, eámque nõdum mãdato executioni teſtamento ſecundas cõtraxiſſe nuptias, Nõ eſſe ampliùs mulieri permittendum, vt executricis officio fungatur, cùm eius fides quæ maritum prouocauerat, vt executionis officium ei demandaret, ſuſpecta eſſe
cœperit

Digitized by Google

cœperit ex quo die maluit illa nouum maritum quærere, quàm in priore matrimonio perſtare. A quo tempore credibile eſt nihil nõ facturã illã vt liberos prioris matrimonij ſpoliet, quos etiã libenter ſi poſſet excoriaret pro viro vt Bart. loquitur *in Auth. matri & auiæ num. xi. C. quand. mul. tut. offic. fung. poteſt.* Inde ſi quidem eſt, quòd etiãſi teſtamentaria tutrix proponatur, ipſo tamen iure tutrix eſſe deſinit, ſtatim atque ad alia vota cõuolauit: Ita vt nec in agnatorum, & cognatorum, nec in ipſius quoque magiſtrat' poteſtate ſit facere vt tutrix maneat illa quæ ſecundum virum experta eſt. Neq. minùs hodie quàm olim, tametſi vetus illud ſacramentum quod olim præſtabat mulier renuncians ſecundis nuptiis, & Velleiano abrogatum hodie ſit, & in vſu eſſe deſierit quod pertinet ad ſecundas nuptias *Auth. ſacramẽtum eod. tit.* Semper enim hoc remanſit ex iure vetere, vt quemadmodum tutela virile officium eſt, ita nõ poſſit ad illud admitti fœmina, Niſi vel ex reſcripto Principis *vt in l. vlt. D. de tutel.* aut eo ſolo caſu quo Iuſtinianus id permiſit, hoc eſt cùm mater vel auia tutrix eſſe vult & quandiu ſecundis abſtinet nuptiis. Sic enim & odio matris binubæ & fauore liberorum cõſtitutum eſt, & cõſtitui æquiſſimum fuit. Quòd ſi mater, quã cõſtat tutricem eſſe poſſe, nec tantùm teſtamentariã, ſed etiã legitimã, deſinit eſſe tutrix cùm ad ſecundas nuptias cõuolat, Quantò certius eſt deſinere illã executricem eſſe, aut vt meliùs dicã, non poſſe executricis officio fungi ex quo die alium maritum quæſiit. Hoc ipſum nãque in quæſtione & cõtrouerſia eſt, An poſſit illa eſſe executrix, tùm quoque cùm à ſecundis nuptiis abſtinet Itaq. vt citiùs abſoluamus, fateamur ridiculam eſſe Bartoli quæſtionem, quæ ſupponit pro vero quod falſiſſimum eſt, Mulierem executricem teſtamentariam eſſe poſſe.

ANTONII FABRI I.C. SEBVSIANI SENATORIS SABAVDIENSIS, ET IN GEBENNENSIS DVCATVS AVDITORIO PRAESIDIS,

DE ERROR. PRAGMAT. ET INTERPR. IVR.

DECAS LXVII.

ERROR PRIMVS.

De teſtamento nuncupatiuo probato per ſolam notarij ſcripturam publicam.

QVAMQVAM teſtamẽtorũ omniũ nũcupatiuorũ forma illa iure præſcripta eſt, vt & teſtator voce propria heredẽ nũcupare legatáq. & fideicõmiſſa omnia quæ relinquit exprimere debeat, & volũtatem

illam vniuerſam propria teſtatoris voce expreſſam,per ſeptem teſtiũ in eandem rem adhibitorum & rogatorum voces ac teſtationes probari oporteat: Longè tamen alius hodie vſus eſt eorum teſtamentorum,quę magis frequẽtantur,licèt nuncupatiua paſſim appellentur. Qui enim teſtari in ſcriptis velint,pauci reperiuntur propter periculum quod ſubeſſe videt,ne quid ex ſollennibus prætermittatur. Proinde cùm teſtamentorum diuiſio ſumma ea ſit vt vel in ſcriptis fiant,vel per nuncupationem , neceſſe eſt vt quiſquis teſtari in ſcriptis vel non vult,vel neſcit,vel non poteſt, aliud teſtamenti genus neceſſario eligat,quod dicitur per nuncupationem.Cuius tamen electio , certè multò periculoſior eſt , non propter ſollennitatum in eo ſeruandarum multitudinem (ſunt enim longè pauciores,quamuis non prorſus nullæ *l.in teſtamentis 26.C.de teſtam.)* Sed quia voluntatis probatio & ſollennitatis tota pẽdet ex lubrico fidei teſtium,ex quibus ſi vel vnum mori contingeret ante teſtatam defuncti voluntatem,aut aliter quàm teſtes cæteri de volũtate illa teſtimonium ferre,teſtamentum totum intercidere neceſſe eſſet.Parum enim eſt quod ſeptem teſtes adfuerint ſi non etiam illud concurrat,vt omnes in teſtificatione ac probatione voluntatis cõſentiant,Ita vt nihil proſit maiorem teſtium partem conſentire ſi vel vnus ex ſeptem diſſentiat,adeóque non cõſentiat.Nam ſicuti ſufficit ſollennem numerum exaudire vt ſcriptum eſt *in l. heredes palam 21.D.qui teſtam.facer.poſſ.* ita non minorem quàm ſollennem numerum exaudire neceſſe eſt vt ſubſiſtat teſtamentum. Quidni verò? cùm etiam in teſtamẽto in ſcriptis placeat Bartolo cæteriſque vulgò interpretibus, *ad tit. D. teſtam. quemadm. aper.* Si vel vnus deſit ex teſtibus & ſignatoribus qui ſiue morte præuentus,ſiue quo alio caſu ſignum ſuum & ſubſcriptionem recognoſcere non poſſit,corruere teſtamentum, nec ſufficere vt ab aliis ſiue conteſtibus, ſiue quantumlibet fide dignis perſonis extrinſecus aſſumptis ea recognitio fiat.Quamquam non nego hanc Bartoli ſententiam à ratione iuris abhorrere vt ſequenti capite dicemus. Sed in teſtamẽto nũcupatiuo non perinde dubitari poteſt quin veriſſimum ſit,quod volumus, ſeptem teſtium conſentientium vocibus omnimodo probandum eſſe totum quantum illud eſt,quod teſtator voce ſua expreſſerit.Hinc nimirum illud eſt quod vt teſtatoribus aduerſus periculum quod ex morte vel perfidia teſtium imminebat, ſuccurreretur,interpretes induxerunt nouum teſtamenti nuncupatiui genus omnium quæ hodie frequentantur frequentiſſimum,longáque conſuetudine vbique gentium receptum,vt noſtri tractant *ad l.vlt.C.de pdeit.*quo teſtator non tantùm ſeptem teſtibus conuocatis, ſed adhibito etiam notario voluntatem ſuam declarat, propria quidẽ voce quod ad heredis inſtitutionem attinet,ſed quod ad cætera per lectionem ſcripturæ , quæ à notario primùm conſcribitur,etiã priùs quàm teſtes cõuocẽtur,tùm poſteaquàm cõſcripta,& in mundum redacta eſt, teſtatori ſimul ac teſtibus publicè legitur à notario, qui poſtmodũ adhibita & ſua & teſtiũ omniũ qui literas norũt ſubſcriptione teſtamentum redigit in formam inſtrumenti publici : Vt eo facto neque voluntas teſtatoris,neq; teſtamenti ſollennitas in dubium reuocari poſſit citra ſollẽnem falſi accuſationem, aduerſus notarium inſtituendam ſi ſuperſtes ſit,Sin iã defunctus,aduerſus inſtrumentum ipſum ſiue plus,ſiue minus ſcriptura contineri dicatur, quàm teſtator protulerit. Quo remedio negari non poteſt, quin multis probationum difficultatibus & periculis obuiam eatur, cùm hac in re, vt in cæteris omnibus expeditior tutiórq; ſemper ſit probatio,

quæ

Digitized by Google

quæ fit per inſtrumentum publicum, quàm quæ per teſtes *l. teſtium facilitatem 17. C. de teſtibus.* quia ex publico inſtrumento duæ oriuntur præſumptiones ſcilicet veritatis & ſollennitatis in eo deſcriptę, vel ex eo præſumptæ, inquit Baldus, *ad leg. 1. numero 15. C. de teſtament.* licèt cùm idonea & ſufficiens probatio per teſtes facta eſt, non minùs illa virium, & authoritatis habeat, quàm ſi per inſtrumentum facta eſſet *l. in exercendis 15. C. de probat.* Sed tamen ne hanc ego nouam totique veteri Iuriſprudentiæ incognitam teſtandi rationem probare poſſim, multa impediunt, Nec illud tãtùm quod ab omnium prudentum noſtrorum ſenſu & mente abhorret, quamquam in re tanti momenti, primum hoc & maximum quiddam eſt, Sed ex potiſſimùm rationes quibus motos fuiſſe magnos illos viros credibile eſt, ne in tanta condendorũ teſtamentorum varietate, quanta fuit à primis illis ſeculis promulgatę legis 12. tab. ad Iuſtiniani vſque tempora hoc teſtandi genus vel obſeruare, vel inducere potuerint: Nimirũ quia cùm in actibus quidẽ humanis omnibus, ſed potiſſimùm in teſtamentis ſẽper viſũ ſit maximè periculoſũ ne falſitas cõmitteretur, propterea quòd de teſtamẽtorũ fide ac veritate nõ priùs diſputari ſolet, quàm deceſſerit is qui teſtatus fuiſſe dicitur, & qui proinde volũtatẽ ſuam aut teſtari aut declarare amplius nõ poteſt, Nihil maiori curæ fuit legiſlatori ciuili, quàm vt in teſtamẽtis ordinãdis eas curaret adhiberi ſollẽnitates, quæ non ſolùm falſi cõminiſcẽdi rationẽ omnẽ, ſed etiã ſuſpicionẽ impedirent. Inter quas illa præcipua & cõſtans ſemper fuit vt maior & ſollẽnior teſtiũ numerus in teſtamento, quàm in alio vllo actu adhiberetur: Nec tantùm maior numerus, ſed etiã quod præcipuũ eſt, earũ perſonarum quarum fides & teſtatio minùs ſuſpecta videri poſſet, ita vt neque impuberes, neque fœminæ in eã rem teſtes eſſe poſſint, nõ magis quàm peregrini, aut qui aliàs omnino ſunt inteſtabiles, Adeò vt neque caſus ille exceptus ſit, qui tamen omnium maximè excipiendus videbatur, quo tot teſtiũ haberi copia nullomodo poſſet *l. conficiuntur 8. §. 1. D. de iur. codicill.* Niſi cùm vel à ruſtico teſtamentũ fit ruri, poſt *l. vl. C. de teſt.* vel tẽpore peſtis; quo tamẽ caſu nec rogandorũ teſtiũ neceſſitas remiſſa eſt *l. caſus 8. eod. tit.* Atqui ſecundum eam obſeruationẽ, qua hodie vtimur, nihil facilius eſt quàm vt falſum in teſtamento committatur. Nec enim teſtatores illi ſunt qui hodie teſtantur, ſed notarij qui vix ſemel allocuti teſtatorẽ in lecto iacentem, ſeminecem & balbutientem, teſtamentũ ſoli conſcribunt, nõ modò remotis teſtibus, ſed plerũque etiã abſente ipſo teſtatore, à quo ſaltẽ dictari teſtamẽtũ oporteret, ne dubitari poſſet quin ex eius voluntate ſcriptũ eſſet, quicquid à notario ſcriptũ poſteà legeretur. Tùm cõuocatis teſtibus teſtamentũ à notario legitur, tacente vt plurimùm teſtatore, aut ſi os quandoque aperiat, nihil niſi nomen heredis declarante, Quaſi cętera omnia quæ teſtamenti ſcriptura continentur, vt legata fideicõmiſſa, tutelæ, non æquè debeant exprimi voce propria teſtatoris per nuncupationẽ teſtantis. Ita fit vt ea plerumque ſcribantur, & ſcripta legantur à notario quæ non tantùm an ſcripta, ſed etiã vtrũ dicta lectáque ſint nemo ex teſtibus ſciat ſi de eo poſteà interrogentur, in ipſo etiam inſtanti lecti iam publicatique teſtamenti, præſertim verò, ſi quod perſæpe fit ruſtici & imperiti teſtes vocati proponantur, Quibus ſollenne eſt, tùm quoque cùm iurati & per iudicẽ interrogantur de tenore teſtamẽti, vt nihil aliud reſpondere velint, niſi quòd ad notarij ſcripturã referũt omnia, Veriti ne ſi plus minúſve aliquid à teſtatore prolatum dicant, quàm

Digitized by Google

à notario ſcriptum inueniatur,falſi ſuſpicionem inducant,quæ ipſos ſingulos magis quàm notarium oneret,& quæ ſollennis accuſationis materiam præbere poſſit,aut aduerſus eos,aut aduerſus notarium inſtituendæ, quam ſine capitis periculo videant tractari & expediri non poſſe. Neque verò, qui ad teſtamenti nuncupatiui ſollennitatem, & vt vocāt publicationem adhibentur,ad aliud ſe adhibitos putant,quàm vt videant, audiántque notarium dicentem lectum à ſe publicatúmque teſtatoris præſentis, ſed tacentis teſtamentũ.Nihil minùs curantes,aut cogitantes,quàm quid notarius legat,dummodò id teſtamentum eſſe dicat.Diceres agi de nuncupatiuo cęci teſtamento in quo tale aliquid pro forma conſtitutum eſt à Iuſtino *in l. hac conſultiſſima 8.C.qui teſtam.fac.poſſ.verſ. at cùm humana fragilitas*, quæ tamen ex ſolis cæcis hanc per nuncupationem teſtandi viam aperit, antea & in id vſque tempus inauditam,& multas alias exigit ſollennitates,quæ à notariis noſtri temporis non adhibentur.Ex quo euenit vt eo ſaltem caſu quo neque teſtatoris, neque teſtium literas fortaſſe neſcientium ſubſcriptiones vllę interuenerint, quas in nuncupatiuo cæci teſtamento Iuſtinus omnino requirit *in d.l. hac conſultiſſima*.adhibito etiam tabulario vel octauo teſte,ne quid falſi committatur, ſit in arbitrio & poteſtate notarij quicquid velit ſcripturæ ſuæ vel addere vel detrahere impunè,Cùm ſciat fieri non poſſe moribus noſtris, vt de falſo quæratur citra ſollennem accuſationem. Nec rurſum vt tã facilis quiſquam ſit ad eam accuſationem inſtituendam quæ talionis pœnæ ſit obnoxia, cuius metu vel audaciſſimus quiſque & veritatis certiſſimus,niſi certiſſimas quoque probationes habeat à ſubeundo tãto periculo deterreatur. Denique quoties teſtamentum nuncupatiuum hodie profertur ſcriptum & in publicam vt aiunt formam redactum à notario,nulla de dicto, ſola de ſcripto ſupereſt quæſtio, perinde acſi res eſſet de contractu quem inter viuos initum præſentibus teſtibus idem notarius excepiſſet,nulla alia differentia niſi quod ad teſtium numerum attinet. Nam quod ad ipſam heredis nuncupationem, quæ cùm ſit caput & fundamentum teſtamenti, ipſa ſaltem propria voce teſtatoris fieri deberet,iam ferè in vſu eſſe deſiit nõ ſolùm vt ita fiat, ſed etiam vt ita factam eſſe ſcribatur, Cõtentis notariis pleriſque ſcribere nominatum fuiſſe heredem à teſtatore.Quomodo enim,inquiunt, nominatus eſſe poſſet niſi ore ac voce teſtatoris? Quod ſi ita eſt æquè probari poterit etiam legatarios & fideicommiſſarios omnes propria teſtatoris voce nominatos eſſe. Nam & ſimiliter notarij ſcribunt teſtatorem legata & fideicõmiſſa reliquiſſe.Quomodo autem relinquere potuit ſine ſcripto, quin voce ſua id expreſſerit? Et tamen frequentiſſimo rerum vſu cõpertum eſt,tacere teſtatores ſolere cùm notarij legunt ea quæ ad legatorum & fideicõmiſſorum fidem pertinent,vſque incipere loqui cùm ad heredis nuncupationem deuentum eſt. Illud ergo ſaltem vel ex vetere ipſorum notariorum more retineri oporteret,vt in omni teſtamento nuncupatiuo ſcriberetur Nuncupatum fuiſſe heredem à teſtatore non tantùm ore proprio,ſed etiam quod addi ſolebat, alta & intelligibili voce, ne dubitari poſſet quin ita res geſta, & à teſtib. omnibus ea vox intellecta fuiſſet.De quo tamẽ hodie tã frequenter,támque probabiliter diſputatur,vt interdum etiam facti quæſtio incidat, An teſtamentum conditum, aut vt verius dicam, lectum ſit eo tempore quo adhuc loqui poterat teſtator, an quo iam per morbi grauitatem loqui non dabatur.

ERROR

Digitized by Google

ERROR SECVNDVS.

De nuncupatione facta per notarium aut alium quàm teſtatorem.

ESSETQVE hoc tantò certius, ſi non tantùm heredis inſtitutionem, ſed etiam legata & fideicommiſſa, quæ notarius relicta fuiſſe ſcribit, teſtatores ore proprio, & perinde alta voce exprimerent, Quomodo haud dubiè ex ratione iuris exprimere coguntur qui vtiliter, tutóque per nuncupationem teſtari volunt. *d. l. hac conſultiſſima.* Nam ſi teſtamentum quod ad interrogationem alterius conditum eſſe dicitur nullius momenti eſt, etiamſi teſtator ad interrogationem appoſitè, & articulata voce reſpondeat, de quo tamen latiùs tractandum erit in ſequentibus, multò magis ſi ſolo nutu (in ſolis námque fideicommiſſis & quidem iis quæ ab inteſtato relinquuntur receptum eſt vt nutu relinqui poſſint *l. nutu 23. de legat.* 3.) quantò magis dicendum eſt non valere teſtamenta quæ nec alio interrogante, nec teſtatore reſpondente coram teſtibus fiant, ſed ſolo notario legente, nec minùs tacente teſtatore, quàm ipſis teſtibus. Etſi nec dubitari ferè poteſt, quin omnia huiuſmodi teſtamenta fiant ad interrogationem notarij, ſed tamen occultam, & in teſtium abſentia factam, atque hoc ipſo magis ſuſpectam. In ſumma, quæ ſic fiunt teſtamenta non tam fieri videntur à teſtatoribus, quàm non reuocari, iam facta ſcilicet à notariis, Acſi nuncupatiua dicerentur à nuncupatione facienda per notarium, aut alium nomine teſtatoris, non ab ea quæ fieri debeat per ipſum teſtatorem, Contrà quàm ſcriptum ſit in *d. l. hac conſultiſſima. d. l. in teſtamentis 26. C. de teſtam. & in §. vlt. Inſt. eod.* Nam & in antiquis illis teſtamentis quæ per æs & libram fieri dicebantur, cùm duo eſſent, familiæ mancipatio & nuncupatio teſtamenti, vt in ſuperioribus diximus ex Vlpiano *in Fragment. tit.* 20. Certum eſt nuncupationem illo etiam caſu non ab alio fieri potuiſſe, quàm à teſtatore ipſo verba illa ſollennia proferente, & ad teſtes dirigente, *Hæc vti his tabulis cerísve ſcripta ſunt, ita do, ita lego, ita teſtor. Itaque vos Quirites teſtimonium perhibetote.* Quis ergo ferat teſtamenti nuncupatiui cuius tota ſubſtantia ex nuncupatione conſiſtit, fieri nuncupationem à notario, & ab alio quàm à teſtatore? Aut quis vnquam ex prudentibus putauit ſufficere in eam rem poſſe ſolam teſtatoris præſentiam cum taciturnitate coniunctam? Itémque ex parte teſtium ſolam ſcripturam notarij, qui eam voluntatem coram ſeptem teſtibus declaratam fuiſſe ſcribat, publicóque teſtetur inſtrumento? Hinc nimirum quæſtiones illæ tam variè ab interpretibus noſtris excogitatæ, ſed prudentibus antiquis incognitæ, An clauſula codicillaris, & aliæ huiuſmodi clauſulæ, quæ à notariis paſſim apponuntur in teſtamentis cenſeri debeant appoſitæ ex voluntate teſtatoris, an potiùs ex ſtylo notariorum, de quo Bart. & alij *ad l. 1. D. de iur. codic.* Rip. *ad l. Centurio. de vulg. & pup. ſubſt.* & alij quidem alia ſentiunt, ſed illi haud dubiè veriùs qui putant in dubio præſumi appoſitas ex ſtylo notariorum, Præcipuè verò clauſulam codicilla-

Digitized by Google

rem cuius vim & poteſtatem neque teſtatores, neque ipſi quoque *notarij* niſi perpauci intelligunt, ferè omnes ignorant. Quænam autem ignorantis voluntas eſſe poteſt? Aut quis effectus clauſulæ quæ non ſit appoſita ex volũtate teſtantis? Hinc denique tã frequentes hodie de falſis teſtamentis non quidem accuſationes, ſed tamen querelæ, quæ ne in totidem accuſationes euadant ſolus inſcriptionis metus, periculúmque talionis impedimento eſt, Præſertim quòd ſit hæc falſitas ex earum genere, quæ tantò periculoſiores ſunt quantò difficilioris probationis, Cùm nihil facilius ſit in tanta hominum perfidia & improbitate, quàm vt reperiatur notarius aliquis, qui poſt multos fortè annos ſcripturam teſtamenti exhibeat, ſeptem equidem teſtium nominibus munitã, ſed eorũ qui exhibitionis tempore iam defuncti omnes inueniantur, nulliſque prætereà ſubſcriptionibus vallatã. Quod cùm accidit, quænã obſecro detegendæ falſitatis ratio ſupereſſe poteſt, ſi nõ è nubibus probationes delabantur? Dices idem in contractibus quoque conſcribendis ſubeſſe periculum ſi tam improbus notarius inueniatur, qui ſiue viuis ſiue mortuis contrahentibus inſtrumentum aliquod proferat cui non alij teſtes quàm qui iam deceſſerint, interfuiſſe dicantur: Nec eo minùs tamen conſtare fidem publicam inſtrumentis de contractu factis, etiam quæ producantur eo tempore quo teſtes iam ſint defuncti, dummodò non probetur defunctos iam tum fuiſſe cùm inſtrumentum conſcribebatur, quamuis nec à contrario probentur fuiſſe adhuc ſuperſtites. Quid enim certi eſſet in rebus humanis ſi ſuſpecta fierent omnia ex eo quod cæca mortalium auiditas & malitia inuehere poteſt? Aut quid permittendum ſi prohibenda ſunt omnia quæ per humanam inſaniam corrumpi poſſunt? Verùm facilis reſponſio eſt ex iis ipſis quæ iam diximus, Longè maius periculum ſubeſſe falſi comminiſcendi in teſtamentis, ideóque maiore cautione opus eſſe, ne qua ei comminiſcendo feneſtra pateſiat: Nam in contractibus qui fiunt inter viuos, pendéntque non ex vnius hominis, ſed ex duorum pluriúmve voluntate, multa ſunt quæ contractum vel præcedant, vel ſequantur, ex quibus facilè ſit colligere quid verè geſtum ſit à contrahentibus, & conſequenter quid falsò ab iis geſtum fingatur: Præſertim verò ſi effectum aliquem cõtractus habuerit ſiue ex vtraque, ſiue ex alterutra parte, aut ſi nullũ. Secuta enim vel non ſecuta obſeruatio magnũ argumentũ præbet eorũ, quæ vel præceſſerunt, vel non præceſſerunt. At in teſtamentis nihil tale tractari poteſt, quæ cùm ex ſolius teſtatoris voluntate pendeant, eáque voluntas nullum effectum habere poſſit, niſi mortuo demum teſtatore, longè facilius eſt vt fingatur teſtator voluiſſe & dixiſſe id quod neque voluerit vnquam, neque dixerit, niſi ab initio & ab ipſo faciendi teſtamenti tempore prouideatur tam multis adhibitis ſollennitatibus, vt nõ ſit poſteà laborandum in probanda teſtamenti veritate, ſed tantùm in adiuuãda ſi opus erit, aut interpretanda defuncti hominis voluntate. Proinde fatendũ eſt nunquã permitti oportere vt teſtamenti quantũlibet nuncupatiui fides ex hominis vnius quãtumuis notarij publici teſtimonio pendeat, Maximè cùm in hoc teſtamentorum genere non ſit neceſſaria ſubſcriptio teſtatoris neque teſtium, Quo tamen vnico fortaſſis remedio ſuccurri poſſet ſecuritati teſtamentorũ aduerſus periculum falſitatis, *vt in d. l. hac conſultiſſima 8. C. qui teſtam. facer. poſſ.* quæ non valente teſtatore ſubſcribere propter cæcitatem requirit tantò magis, tantóque maioris teſtium numeri ſubſcriptionem. Sed non aduerſus rationem

nem iuris, quæ ad validitatem teſtamenti non tantùm exigit vt de teſtatoris voluntate liquidò conſtet, ſed illud quoque prætereà vt voluntas illa ſit iuſta, quomodo habet definitio teſtamenti *in L. 1. D. qui teſt. facer. poſſ.* id eſt ſollennis, & iis omnibus munita ſollennitatibus quæ neceſſariæ viſę ſunt ad actum tanti momenti, quanti teſtamentum eſt, conſtituendum: Cùm nihil aliud ſit teſtamentum quàm lex, Vnde & primus ille fluxit vſus teſtamentorum, vt calatis comitijs fierent, nec aliter fieri poſſent, quemadmodum alibi ſcripſimus. Atque hoc ipſum quidem quod nos hoc capite aduerſus nuncupatiua hodierni temporis teſtamenta diſputauimus, placuit iam ante nos Viglio clariſſimo Iureconſulto in elegantibus illis ad Titulos De teſtamentis commentariis. Sed tam breuiter, ne dicam ieiunè id perſtrinxit, vt opinio per ſe noua ob ídque primo intuitu minùs plauſibilis, noſtra indigere viſa ſit aſſertione, ad tam craſſum pernicioſúmque errorem ſi fieri poſſit à Republica non minùs quàm à Iuriſprudentia noſtra profligandum.

ERROR TERTIVS.

De teſtamento in ſcriptis ſignato à teſtibus ante recognita ſigna defunctis.

RES nobis erit in hac etiam quæſtione pro Viglio aduerſus conſentientem cæterorum ferè omnium interpretum traditionem: Sic enim plerique omnes putant, Teſtamentum in ſcriptis ſollenniter conditum, ſeptémque teſtium ſubſcriptionibus & ſigillis munitum, licèt ab initio conſtiterit, corruere tamen & infirmari ſi vel vnus ex teſtibus priùs deceſſerit ſiue viuo adhuc, ſiue iam mortuo teſtatore, quàm ſigillum ſuum & ſubſcriptionem recognouerit, Ideóque vitandi huius periculi metu, ac veluti remedij loco induxerunt vt eo tempore quo fit teſtamentum in ſcriptis adhibeatur notarius qui publicam de eo ſcripturam conficiat, vt quamuis poſtea teſtes mori contingat, vel in eum ſtatum deuenire vt teſtimonium dicere non poſſint, nihilominus teſtamenti fides ſubſiſtat, neque ſit neceſſe teſtes examinari teſtamentarios vt vel de voluntate defuncti teſtificentur, vel ſigna ſua recognoſcant & ſubſcriptiones, Sufficiente ſcilicet in eam rem publici documenti fide & authoritate. Sic enim Accurſius *ad l. 1. C. de teſtam. quem. aper.* & Bart. *ad l. 1. & 2. D. eod.* Ita fit vt quemadmodum noua huius remedij introductione vetus omnis teſtandi ſollennitas hodie fermè penitus exoleuit, ſic nullus aut certè rariſſimus ſit vſus recognitionis quam fieri olim oportebat ſignorum teſtium & ſubſcriptionum. Sicut & priſcus ille mos publicandorum teſtamentorum in vſu eſſe deſiit, niſi quibus locis ex ſtatutaria lege aut conſuetudine retinetur vt in Comitatu Burgundiæ. Mouentur autem in hanc ſententiam vulgares interpretes *ex l. cum ab initio 4. & ſeq. D. ill. eod. tit. quemadm. teſtam. aper.* vbi ſcriptum eſt, Cùm ab initio aperiendæ ſint tabulæ, officium Prætoris eſſe vt cogat ſignatores conuenire, ac ſigilla ſua recognoſcere, vel negare ſe ſignaſſe. Quòd ſi quis ex ſignatoribus abſit

Digitized by Google

mitti debere tabulas teſtamenti vbi ipſe ſit vti agnoſcat, nec reuocari *eum* agnoſcendi cauſa oportere ne ſit ei officium ſuum damnoſum. Nec ad rem pertinere an vnus abſit an omnes: At ſi fortè omnibus abſentibus cauſa aliqua ſit quæ vrgeat aperiri tabulas, debere Proconſulem curare vt interuenientibus optimæ opinionis viris aperiantur, & poſt reſcriptum & recognitum factum, ab iiſdem quibus interuenientibus apertæ ſunt, obſignentur, tunc deinde eò mittantur vbi ſignatores ipſi ſint, ad inſpicienda ſigilla ſua. Ex quo interpretes inferunt neceſſariam omnino eſſe ſignorum recognitionem, ita vt quamuis ex cauſa differri nonnunquam poſſit, eam tamen fieri tandem, aliquando neceſſe ſit ad validitatem teſtamenti. Quod & probant *ex l.2.C. eod. tit.* Addúntque inuentam ob hoc ſollennitatem illam veterem publicandorum teſtamentorum, vt ſi quem ex teſtibus mori contingat non ideò tamen infirmetur teſtamentum quod iam fuerit publicatum, & de cuius fide ac validitate poſt publicationem diſputari non oporteat. Sic námque illi *ad l.1.C. all. tit. teſtam. quem. aper.* Adferunt etiam textum iuris Pontificij in *cap.2. Extr. de fid. inſtrum.* vbi reſcribit ſummus Pontifex, Non poſſe videri inſtrumentum authenticum ſi teſtes in eo inſcripti mortui ſint ante dictum teſtimonium de iis quæ inſtrumento continentur. Ego verò ſententiam iſtam ſicut à teſtamentorum fauore prorſus alienam, ita falſiſſimã & improbabiliſſimam ſemper exiſtimaui. Nec enim recognitiones ſignaculorum & ſubſcriptionum ad eſſentiam & validitatem teſtamenti pertinent, ſed ſubſcriptiones ipſæ & ſignacula: in quibus finem teſtamenti conſiſtere ait Theodoſius *in l. hac conſultiſſima 21. verſic. finem autem C. de teſtam.* At neque ad voluntatis probationem referri poſſunt, quod tamen malè ac parum cautè Viglius admittit, ſed tantùm ad probationem ſollennitatis. Nam quemadmodum non ſufficit vt conſtet de voluntate teſtatoris in teſtamento declarata, ſi non appareat ſollennem eſſe illam voluntatem & legibus adprobatam quæ ab Vlpiano noſtro dicitur iuſta in diffinitione teſtamenti *l. 1. D. qui teſt. fac. poſſ* Ita nec ſollennitatem interueniſſe ſatis eſt, niſi probetur interueniſſe, cùm, vt eſt in vulgari brocardico, Non entium, & non apparentium idem iudicium ſit: Itaque parum eſt extare ſubſcriptiones aliquas & ſignacula, ſi non probetur cuius ſint, quod non niſi per recognitionem fieri poteſt. Cæterùm quid neceſſe eſt fieri eam recognitionem per eos ipſos qui ſubſcripſerunt & ſignauerunt, ſi per eorum vel abſentiam, vel mortem contigerit, vt ſuas ſubſcriptiones ſuáque ſigilla recognoſcere non poſſint? Aut quid refert per quos recognitio facta ſit, dummodo ſic factam eſſe conſtet, vt de ſubſcriptionum & ſigillorum fide dubitari nullomodo poſſit? An enim idcirco minùs verum eſt Titij ſubſcriptionem & ſigillum eſſe, quod non à Titio ipſo iam fortè defuncto vel abſente recognitio facta ſit, ſed ab aliis perſonis fide dignis? Nam & cùm teſtes abſunt, & res vrget, adeò vt neque auocari ſine rerum ſuarum incommodo poſſint, neque expectari vt ad eos mittatur ad recognoſcendum, Placet non eo minùs interim aperiri teſtamentum debere interuenientibus viris qui ſint bonæ opinionis & famæ vt ſuprà diximus *ex l. Sed ſi quis 7. D. teſtam. quem. aper. & l.2. C. eod.* Qui ſi poſſint iidem recognoſcere ſubſcriptiones & ſignacula teſtium abſentium. Quid cauſæ eſt obſecro cur fidem facere non debeant? Fateor eam fore omnium optimam, & certiſſimam recognitionem ſi teſtes ipſi qui ſubſcripſerunt & ſignauerunt, ſuas ſubſcriptiones, ſuáque ſigilla recognoſcant: Ideóque bene olim conſtitutum

Digitized by Google

tutum eſſe vt eiuſmodi recognitio fiat ſi quo modo fieri poſſit, vtque etiam poſt apertas coram honeſtis perſonis tabulas, rurſúmque obſignatas mittantur tabulæ ad teſtes abſentes, ſicuti bene Alex. ſcripſit *ad d.l.* 2. malè in hoc à Viglio reprehenſus. Nimirum vt quantum fieri poteſt fraudibus & falſitatibus omnibus via præcludatur. Sed ſi teſtes ipſos omnes, aut ex omnibus aliquos mori contigerit, Dico nihil prohibere quo minùs per alios probæ opinionis viros ea recognitio fiat, Eámque potiùs amplectendam eſſe ſententiam, quàm vt in anguſtias illas teſtamenti ſollennitatem quæ re vera interuenerit, redigamus, vt probari nullo modo poſſit. Nam quod in omni alia iuris parte obtinet vt ampliandæ ſint & adiuuandæ probationes potiùs quàm coarctandæ, cur non etiam obtineat cùm agitur non de probanda teſtatoris voluntate, ſed tantùm de probanda teſtamenti ſollennitate? Non nego exactiores requiri probationes in probando teſtamento, quàm requiri ſolent cùm de alia qualibet ſiue inter viuos, ſiue vltima voluntate probanda diſputatur. Et idcirco maiores quoque, ac plures requiri ſollennitates, propter periculum quod maius & grauius ſubeſt comminiſcendæ falſitatis, ſed ſollennitatum quæ in teſtamento dicuntur interueniſſe, quales quantæque interuenire debuerunt, nego difficiliorem probationem eſſe debere, Quin potiùs tantò faciliorem quantò fauorabiliora ſunt teſtamenta, ſi cum alio cuiuſlibet voluntatis genere conferantur.

ERROR QVARTVS.

Si aliquis ex ſignatoribus dubitet in ſigillo recognoſcendo, & de noſtrorum traditionibus ad l.1. & 2. C. teſtam. quemadm. aper.

AMPLIVS dico quod nec interpretes ipſi negant, Si vnus ex teſtibus qui ſubſcripſerunt & ſignauerunt, dubitet adhibitus ad recognoſcendum, an ſubſcripſerit, & ſignauerit, non eò minùs valere teſtamentum ſi modò ipſius ſubſcriptio & ſigillum eſſe aliunde probetur. Nam etſi teſtis apertè negaret ſe recognoſcere, perinde adhuc tamen aperirentur tabulæ, quamuis ex manifeſta illa negatione & contradictione fierent ſuſpectæ, vt ſcriptum eſt *in l.1. §. vlt. & ibi not. D. teſtam. quemadm. aper*. Quantò magis ergo valebit teſtamentum à ſollenni teſtium numero ſubſcriptum, ſignatúmque, cùm ſubſcriptionum & ſigillorum recognitio facta eſt à teſtibus fide dignis, ſi obſignatores ipſi iá defuncti proponantur? Nec enim qui non recognoſcit ideo quòd ſit defunctus, comparari rectè poteſt ei qui negat ſe recognoſcere, aut qui dubitat an recognoſcere debeat an negare. Cùm potiùs præſumendum ſit fore ſi viueret, vt ſuam ſubſcriptionem, ſuúmque ſigillum recognoſceret, cuius ſubſcriptionem ſigillúmque eſſe alij teſtes fide digni recognoſcunt. Atqui, inquit Bart. *ad d.l.2. C. teſt. quem. aper*. priuata ſcriptura eſt, quę à teſtibus ſubſcripta & ſignata fuit. Nullā ergo fidé facere poteſt ſi teſtes haberi nō poſſint, quia mortui. Ego, inquā, cōſecutionē iſtā nego. Deſinit enim priuata eſſe ſcriptura ſtatim atque ſubſcriptionū & ſigillorū recognitio facta eſt ſufficiēter. Et quāuis priuata ſcriptura eſſet, æquè tamē probaret, dūmodò per idoneos teſtes de ipſi' fide cōſtaret. *l. cū taberna 34. §. 1. D. de pignor*.

Digitized by Google

l. ſcritpuras 11. C. *qui potior. in pignor. habeant*. Non enim differentia inter publicam, & priuatam ſcripturam in eo eſt quòd ſola ſcriptura publica probet, priuata verò nihil, ſed in eo tantùm quòd publica per ſe ſola probat, eamq; ob cauſā dicitur probatio probata, Priuata verò per ſe ſola nihil probat, ſed recognitione demùm ſecuta, Cęterùm an ab hoc, an ab illo recognitio fiat, nihil intereſt, dum ſic fiat vt nulla laboret ſuſpicione. Quid quod interpretes etiā ipſi admittunt, Si mortui ſint ante recognitionem aliqui ex teſtibus, qui ſubſcripſerant & ſignauerant, nocere quidem id heredi ſcripto, ne ex eo teſtamento hereditatem petere poſſit, ſed tamen licere ipſi citra furti & criminis vllius opprobriū defuncti bona inteſtati ſucceſſoribus tāquā iniuſtis extorquere. Quod nominatim Bald. & Iaſ. *ad d.l.* 1. *C. teſtam. quem. aper.* tradiderunt. An non verò qui hoc admittunt profitentur apertiſſimè ſummam ęquitatem facere pro teſtamento, & quod eſt conſequens euidenter iniquam eſſe contrariam ſententiam per quam teſtamenti validitas impugnatur: Alioquin quid iniquius dici poſſet quàm vt liceret heredi ſcripto poſſeſſionem per ſe occupare quàm per iudicem adprehendere non poſſet? An nō hoc pugnaret euidenter cum iuris ratione & regula de qua *in l. non eſt ſingulis* 176. *de re. iu.* & tot aliis locis repetita? Neq; ſanè teſtamenti ſollēnitas quam lex requirit, illa eſt vt eos ipſos ſeptem teſtes adhiberi neceſſe ſit in recognoſcendo teſtamento, qui adhibiti fuerint in eo ſubſcribendo & obſignando, ſed illa tantùm vt quo tempore teſtamentum fit ſeptem teſtium puberū, ciuium Romanorū, & rogatorū præſentiā ſubſcriptiones & ſignacula adhiberi neceſſe ſit. Quo facto cùm propriis viribus teſtamentū ſubſiſtat. Quid abſurdiùs dici poteſt, quàm ob ſuperuenientem caſum defuncti vnius ex teſtibus, corruere teſtamentum quod ab initio cōnſtiterit, tametſi per recognitionem ab aliis factam probetur ſollennitas interueniſſe? *arg. l. verbis legati* 5. *in fin. D. ad leg. falcid.* Nam & quod olim pleriſque prudentibus non tamen omnibus placuit, Ea quæ ſemel ab initio conſtiterunt, fieri nihilominùs irrita ſi ad eum caſum perueniant à quo incipere non potuerunt *l. quia in eum caſum* 17. *D. ad ad leg. Aquil. l. exiſtimo* 98. *penult.* §. 1. *D. de ver. obligat.* conſtat apud Bartolum cæteróſque interpretes, ad ea non pertinere quæ formam ſuam pleniſſimè perfectam aliquando habuerunt, Ne alioquin eueniat vt ſollennitates legitimæ pendeant ex dubio rerum euentu, quas è contrario ex ſolo præſenti ſtatu eius tēporis quo adhibentur æſtimari oportet, vt ab initio lex certa ſit an valeat actus & ſubſiſtat, an non: Qua ratione illud etiam receptum eſt vt actus legitimi nec diem recipiant, nec condicionē, neque tacitā magis quàm expreſſam. Cur ergo ex ſola ſuperueniente teſtium morte corruet teſtamentum quod probari poſſit ab initio valuiſſe, ſuáſque omnes habuiſſe ſollennitates? Aut ſi ius ita eſt, vt ad validitatem teſtamenti neceſſe ſit teſtes omnes viuere in diē vſque recognitionis, quomodo fieri poterit in tanta hominùm mortalitate, vt ex ſolo lapſu decennij non corruat teſtamentum, quomodo non corruere ſcriptum eſt *in l. ſancimus* 27. *C. de teſt.* cùm vix ſit vt intra tanti temporis curricula non moriatur aliquis ex teſtibus adhibitis ad ſollennitatem teſtamenti. Argumentum Viglij eſt, non quidem neceſſarium, ſed tamen ſatis probabile.

ERROR

Digitized by Google

ERROR QVINTVS.

Si obſignatores ignorante vel iam mortuo teſtatore deceſſerint & ad l. vlt. C. de edict. Diui Hadr. tollend.

ETsi autem parum referre arbitror an viuo adhuc an mortuo iam teſtatore obſignatores deceſſerint, eſt tamen hęc noſtrorum ſententia longè iniquior ſi ponas non niſi poſt teſtatoris obitum, aut viuo quidem ipſo ſed ignorante teſtes deceſſiſſe. Quid enim poſſis imputare teſtatori qui & teſtando ſollennitates omnes adhibuit, quas adhibere debuit, & ſuperſtitibus deceſſit teſtibus, aut ignorans defunctos eos, quos ſi defunctos ſciuiſſet, receptámq; interpretum ſententiam pro iure certiſſimo haberi didiciſſet, vtique aliud teſtamentum, id eſt eandem quidem voluntatis ſuæ teſtationem, ſed coram aliis teſtibus edidiſſet? Nam & ob hanc cauſam placet condicionem teſtis putatiuam, vt Baldus loquitur, ſufficere ad hoc vt teſtamentum ſollenniter factum videatur, quamuis ex poſtfacto vera condicio detegatur quæ teſtem iam ipſo teſtamenti tempore inhabilem minuſq; idoneum faciebat *l. 1. C. de teſtam.* Et hæc ſanè apertiora ſunt, quàm vt pluribus probanda videātur. Nec tamen poſſum prætermittere quod Viglius adducit *ex l. vlt. C. de edict. Diui Hadr. tollend.* vbi extat celebris illa Iuſtiniani conſtitutio, quæ heredem teſtamento inſtitutum iubet mitti ſtatim in poſſeſſionem rerum hereditariarum ſi modò teſtamentum oſtendatur non cancellatum, neq; abolitum, neque ex quacunque ſuæ formæ parte vitiatum, ſed quod in prima figura ſine vlla vituperatione appareat, & depoſitionibus teſtium legitimi numeri vallatum ſit. Depoſitiones enim dixit Iuſtinianus haud dubiè pro ſubſcriptionibus & obſignationibus teſtium, quas ſicut neceſſarias eſſe nemo ambigit vt teſtamētum ſollenne, ac perfectum dici poſſit, Ita earum recognitionem nihil ad eſſentiā & validitatem teſtamēti pertinere ex eo intelligimus, quod nullum de illa verbum apud Iuſtinianum, qui ſanè non minùs recognitionis quàm ſignaculorum adhibendorum neceſſitatem irrogaſſet, ſi teſtamēti validitas & ſollennitas non minùs ex recognitione quàm ex adhibitione obſignationum penderet. Nec eſt quod cum Baldo, Paulo Caſtrenſi aliiſq; interpretibus ſepares cauſam poſſeſſionis hac parte à cauſa proprietatis, Quaſi minùs neceſſaria ſit heredi ſcripto recognitio ſignaculorum ad hoc vt in poſſeſſionem mittatur, quàm vt hereditatē petere & vindicare poſſit. Omni enim caſu neceſſe eſt tale apparere teſtamētum, vt nihil deſit ex ſollēnibus. Nec quiſquam probabiliter dixerit tam facilem eſſe iudicem debere ad dādam heredi ſcripto poſſeſſionem, quam præuideat eſſe poſtmodum ei auferendā. Itaque ſi vera eſſet interpretum ſententia, non minùs inquirere iudex deberet, An ſigillorū recognitio facta eſſet, aut ſaltem an fieri adhuc poſſet, id eſt, An teſtes & obſignatores viuerēt, quàm de illo inquirendum prorſus habet, An à ſeptem teſtibus obſignatum ſit teſtamentum. Vtrumque enim perinde ad extrinſecam teſtamēti formam ac ſollennitatē pertineret. Quāquam non dubito quin recognitio illa quæ non eſt neceſſaria in poſſeſſorio, neceſſaria ſit in petitorio, Sed hactenus tantùm vt ex teſtium qui recognoſcent fide, licèt minimè ipſi obſignauerint, non ex obſignatorum vita ſol-

Digitized by Google

lennitatis probatio pendeat,& vt mortuis teſtibus ſufficiat comparatio literarum & ſigillorum non ſolùm vt Baldus voluit in poſſeſſorio, in quo nihil tale lex exigit ad primam teſtamenti figuram extrinſecam conſtituendam, ſed in petitorio etiam, quod ille negat, Cùm publicari teſtamentum nihil prohibeat poſt ſigillorum recognitionem ritè factam,à quocunque tandem facta illa ſit,dummodò ſollenniter & ex iudicis authoritate. Non enim ideò fit publicatio teſtamenti ſiue in ſcriptis,ſiue per nuncupationem conditum ſit vt teſtamentum valeat, quod vtique & validum & à lege confirmatum eſſe neceſſe eſt priuſquàm publicetur, & vt poſſit publicari: Sed vt publicati ſemel teſtamenti fides non intercidat,quamuis ipſa materia in qua primùm à teſtatore ſcriptum teſtamentum fuit caſu aliquo amiſſa probetur,vt ſcriptũ eſt *in l.publicati 2.C.de teſtam.* Quod verò noſtri obiiciunt *ex dict.cap.2. Extr. de fid.inſtrum.* ſicut ad teſtamenta quæ à teſtibus teſtamentariis ſubſcripta & obſignata ſunt,non pertinet,ita prorſus à noſtro tractatu alienum eſt. Multum ſiquidem refert an alicui inſtrumento teſtes inſcripti ſint duntaxat, vt textus ille loquitur,id eſt nominati in inſtrumento quod coram ipſis factum dicitur, an verò ſubſcripſerint ipſi & ſignauerint. Priore caſu ſola teſtiũ nominatio nec ſollẽne facit inſtrumentum nec authenticum, ſed neceſſariæ omnino ſunt eorum depoſitiones ideóque ſi antè defuncti ſint tota inſtrumẽti fides & probatio corruit. At poſteriore caſu ſollennis ſcriptura eſt licèt nondum ſit publica nec proinde fidem amittit & ſuperueniente morte teſtium quippe quorum ſubſcriptiones & obſignationes pro depoſitionibus ſint, adeò vt & depoſitiones dicantur *in dict.l.vlt.C.de edict.Diui Hadr.tollend.* Quod & Baldus,vt nihil ignoraſſe dicitur,benè vidit *ad dict.cap.2.Extr. de fid.inſtrum.& ad dict.l.vlt.num.19.& 20.* Illud planè nõ reprobo,quod frequens vſus induxit,vt eo ipſo tempore quo teſtamentum fit, & poſt adhibitas ſubſcriptiones atque obſignationes teſtium, fiat recognitio ſubſcriptionum & ſignaculorum ab iis ipſis teſtibus præſente etiam teſtatore, Déque ea re inſtrumentum publicum à notario conſcribatur, vt neque teſtamenti fides quod ſuis omnibus ſollennitatibus munitum ſit, neque recognitionis veritas in dubium reuocari poſſit.Non enim poſſit quis hac parte nobis obiicere quod nos interpretibus obiecimus in præcedentibus, Abſurdum eſſe vt quis dicat teſtamentum nuncupatiuum probari per inſtrumentum, ſiquidem teſtamentum in ſcriptis de quo nunc agimus non probatur hoc caſu per notarium ſed per iuſtas ſuas legibúſque præſcriptas ſollennitates, id eſt per ſubſcriptiones & ſignacula teſtium, Sollennitates verò per earum recognitionem legitimè factã,ipſa deniq; recognitio per inſtrumentũ & ſcripturam notarij. Nec ob id, quòd viuo teſtatore ea recognitio facta ſit,nocere debet, cùm nec quicquam vetet publicari teſtamentum viuo adhuc & præſente teſtatore,ſi teſtator ita fieri velit vt Baldus tractat *ad d.l.publicati in fin. C,de teſtam.*

ERROR SEXTVS.

De teſtamento quod per duos teſtes probatur factum fuiſſe coram ſeptem teſtibus.

Diſputa

DISPVTATA fuit iam olim hęc quęſtio inter veteres gloſſatores, poſtquam Martinus tentare primus auſus eſt, quod ante ipſum nemo dixerat, Poſſe teſtamenti ſollennitaté probari per duos teſtes, quamuis veritas voluntatis non niſi per ſeptem teſtes probari poſſit. Diſputationi cauſam dedit reſcriptum Imperatoris Gordiani *in l.2.C.de bonor.poſſ.ſecund.tabul.* cuius verba hæc ſunt: *Bonorum quidem poſſeſſionem ex edicto Prætoris non niſi ſecundum eas tabulas quæ ſeptem teſtium ſignis ſignatæ ſint, peti poſſe in dubium non venit. Verùm ſi eundem numerum adfuiſſe ſine ſcriptis teſtamento condito doceri poteſt, iure ciuili teſtamentum factum videri, ac ſecundum nuncupationem bonorum poſſeſſionem deferri explorati iuris eſt.* Sic enim poſterior pars reſcripti à Martino accepta eſt, vt eundem quidem numerum ſeptem teſtium in teſtamento nuncupatiuo adeſſe oporteat, Sed adfuiſſe probari tamen poſſit per duos tantùm teſtes, quaſi hoc ipſum ſatis apertè Imperator exprimat iis verbis *ſi doceri poteſt*, nullo ſcilicet in eam rem præſcripto numero teſtium per quos id probari debeat, quoniã vbi numerus teſtium nõ adiicitur, etiam duo ſufficiunt: cùm pluralis elocutio duorum numero contenta ſit *l. vbi numerus* 12. *D. de teſtib.* Etſi autem nouam iſtam Martini opinioné Accurſius noſter non probauit, illa potiſſimùm ratione quæ magna ſanè eſt, ſtatimq; occurrit, quòd fieri non poſſit vt probetur ſollennitas teſtaméti, quin hoc ipſo probetur voluntas, quia nec poteſt cognoſci qualitas, niſi cognoſcatur ſubſtantia *l. eius qui in prouincia* 41. *D. de reb. credit.* Præſertim verò ſi teſtes interrogentur, quemadmodum interrogãdi ſunt, Vnde ſciant quòd teſtabatur is quem ſollenniter teſtatum fuiſſe deponunt. (Ita enim fiet, vt neceſſe ſit eos deponere de veritate rei, & de ſubſtantia ipſa teſtamenti, quam tamen nec Martinus ipſe negat per duos teſtes probari non poſſe) Frequentior nihilominùs interpretũ ſchola cum Martino hac parte ſentit, Sed eo demum caſu nec alio præthereà vllo, quo aduerſarius confiteatur factum eſſe teſtamentum, at neget duntaxat factum eſſe ſollenniter, Propterea quòd hoc caſu voluntas teſtatoris dubia non ſit quam aduerſarius confitetur, ſed ſollennitas ſola probanda relinquatur. Nam ſtatim atque ſeparari poteſt cauſa voluntatis à cauſa ſollẽnitatis, nemo ex interpretibus dubitat quin ſollennitas per duos tantùm teſtes probari poſſit. At rurſus alia iis incurrit ratio hæſitandi, quòd ſi heres legitimus fateatur conditum eſſe teſtamentum, nec niſi ſollennitatem neget, teſtes autem de ſollenni teſtamento deponant, de alio teſtamento videatur facta confeſſio, de alio autem probatio. Cùm is qui teſtamentum non ſollenniter factum confitetur, non poſſit videri de eo ipſo teſtamento ſenſiſſe quod ſollenniter factum eſſe probetur. Nec quod pluralitas teſtamentorum non præſumatur, ad rem facit. In promptu enim replicatio eſt, ita demum id verè dici ſi non ex actis appareat de pluralitate, In propoſito autem ſatis apparere, cùm teſtamentum ſollenne, & non ſollenne non poſſint eſſe vnum & idem numero. Itaque nullum adminiculum, inquit Baldus, recipere teſtes poſſunt ex confeſſione quæ dicta teſtium non contingit? Hîc nimirum neceſſaria fuit ſubtilitas Bartoli qui *ad l. heredes palam* 21. *D. qui teſtam. facer. poſſ.* primus docuit, velut remedij loco, interrogandos eſſe hoc caſu teſtes ante omnia, Vtrum plura teſtamenta teſtator fecerit? Quo negato conſequens fiet neceſſariò vt non de alio teſtamento videri poſſint deponere quàm quod heres legitimus confeſſus ſit factum

Digitized by Google

eſſe. Et in hac ſubtilitate conquieſcit Baldus *ad dict.l.2.C. de bonor poſſ. ſecund.tabul.* quamuis Bartoli traditiones vt plurimùm improbare ſoleat ſtudio contradicendi, tùm quoque cùm probare potiùs deberet. Indéque infert,non quod alij ſolent dicere Duplicem eſſe probationem, vnam volũtatis,aliam ſollennitatis,ſed è cõtrario nec inſubtiliter, quod ante illum fortaſſis nemo dixerat duplicem eſſe ſollennitatem,vnam voluntatis, aliam probationis.Sollennitatem voluntatis probari debere per tot teſtes, quot ſunt neceſſarij in facto,id eſt ad ipſam voluntatem conſtituendam, ſed ſollennitatem probationis per duos teſtes probari poſſe. Videamus autem an non æquè nugatoriæ ſint traditiones iſtæ interpretum & diſtinctiones. Supponunt enim omnes ac pro certo habent,ſubſtantiam teſtamenti,hoc eſt teſtamentum ipſum probari poſſe per ſolam legitimi heredis aut alterius cuius interſit,cõfeſſionem:quod ego tam falſum eſſe ſemper credidi, quàm quod falſiſſimum.Nec enim teſtamentum ex ſola teſtatoris voluntate cõſtituitur, ſed ex ea tantùm quæ ſit iuſta,vt ſcriptum eſt *in l.1.D qui teſtam.facer. poſſ.* id eſt ſollennis & legibus conſentanea, ac proinde non tantùm ex voluntate, ſed etiã ex ſollennitate.Nec rurſus ſollennitas illa probatur quoquomodo, ſed certis tantùm & legitimis modis,id eſt adhibito ſollenni numero teſtiũ & eorum quidem teſtium qui tales ſint quales à lege requiruntur, Maſculi, puberes,ciues Romani,non domeſtici,nec fortuiti,ſed extranei & rogati. Adeò vt ſi poneres alicuius teſtamento adfuiſſe viginti Senatores qui de eadẽ defuncti hominis voluntate per eadem verba teſtificentur,tam perſpicuè & conueni ẽter vti ne dubitari poſſit de voluntatis veritate,non eo tamen magis teſtamentum factum probatúmve dici poſſit,quia non minùs lex requirit vt teſtamentarij teſtes ſint rogati quàm vt ſint teſtes, nec pro teſtibus idoneis habet Senatores,ſi non ſint rogati,non magis quàm ſi mulieres adhibitæ proponerentur. Vnde eſt quod qui legatum ſibi adſcribit etiam de quo aliunde quàm per ipſius ſcripturam indubitatè conſtet,non idcircò tamen legatum conſequitur,*l.2.C.de his qui ſib.adſcr.* Vt nec tutelam,qui ſe tutorẽ ſcripſit *l.ex ſententia 29.D. de teſtam.tutel.* An ideò fortaſſe ne fiat iniuria voluntati, quódque verendum ſit ne ob non adhibitas iuſtas ſollennitates, aliud credatur voluiſſe teſtator,quàm quod reuera voluerit? Minimè verò. Ponimus enim conſtare de voluntate tam euidenter puta per ipſius teſtatoris ſcripturam,vt ſit illa indubitata nec vllo modo ambigua,vt ſcriptum eſt *in d.l.ex ſententia.* Sed quoniam nihil vetat & certam eſſe volũtatem, & non iuſtam, minúſque legitimam: quod cùm euenit nulla poteſt haberi ratio voluntatis, quæ nullam rationem habuit legitimæ ſollennitatis. Porrò inter cæteros ſiue voluntatis,ſiue ſollennitatis probandæ modos, nemo vnquam ex prudentibus noſtris dixit numerandam eſſe legitimi heredis aut cuiuſquam alterius confeſſionem. Nam quod aliàs dici ſolet nullam eſſe certiorem probationem quàm quæ fit per confeſſionem partis, adeóque quod magis eſt,excluſis per conſtitutionem Principis,aut per ſtatutum cæteris probationibus omnibus, nunquam tamen excluſam illam intelligi quæ ex aduerſarij confeſſione inducitur,ad quæſtionem noſtram non pertinet, in qua negamus ſufficere probationem voluntatis, ſi non adſit etiam probatio ſollennitatis, quam probationem & ipſam quoque ſollennem eſſe neceſſe eſt,vt legi ſatisfactum dici poſſit quæ ſola teſtandi facultatem dedit. Ac quemadmodum bellè olim & eleganter M. Tullius,Recuſare nos

non

Digitized by Google

non debere, quominus ea qua nati ſumus lege,& condicione viuamus: Ita nec recuſare quiſquam debet quominus iis quæ à iure præſcriptæ ſunt legibus,ac ſollennitatibus teſtetur,cùm ſolius legis beneficio habeat, vt teſtari poſſit.Etſi enim priùs data eſt per legẽ duodecim tabularũ facultas teſtandi quàm fuerit iis arctata & coãguſtata ſollẽnitatibus quæ hodie in teſtamentis ordinandis exigũtur,quippe quas ſucceſſu temporis partim edictum prætoris,partim media Iuriſprudentia,ex parte etiam Imperatorum authoritas introduxit, vt Iuſtin.refert *in titul. de teſtam.ord.n.* Sufficit tamen ita coanguſtatam hodie eſſe libertatem illam teſtandi veterem ac pleniſſimam, vt quiſquis minùs ritè nec ſeruatis ſollennibus teſtatus probatur, is neque teſtatus eſſe videatur. Proinde ſi quis dicat cum interpretibus ſolam heredis legitimi aut alterius iuſti contradictoris cuiuſlibet confeſſionem poſſe ſollennitatum omnium vicem ſupplere,vt nihil interſit an teſtamentum aliquod proferatur, an ex aduerſarij confeſſione factum fuiſſe probetur, is procul dubio fecerit vt priuati hominis confeſſio legum authoritate cenſeatur: quod Papinianus vtique numquam admitteret *l.vlt. D. de ſuis & legit.* Quid ſi poneres conſtare per duos teſtes viſam eſſe teſtamenti ſcripturam ſollennem ſuiſque ſigillis & ſubſcriptionibus munitam,quæ tamen caſu aliquo deperdita probetur, An diceremus poſſe illam probationem ſufficere ſi modò etiam de ſigillorum, & ſubſcriptionum recognitione legitima per eoſdem teſtes conſtaret ? Et non puto,nam & ita facile eſſet fraudem facere legi,& quod directo non licet indirecto probare ſubſtantiam teſtamenti per duos teſtes. Quid enim prodeſſet probatum eſſe teſtamentum, ſi nihil eorum probatum eſſet,quæ teſtamento continentur? Quòd, ſi fingas teſtes viuere qui ad teſtamentum,ſiue in ſcriptis, ſiue nuncupatiuum adhibiti dicuntur, erunt omnes interrogandi vt per eos probetur non ſolùm ſollennitas ſed etiam ſubſtantia teſtamenti, præſertim nuncupatiui. Nam in teſtamento in ſcriptis difficilius illud eſt, ſi non manifeſtauerit iis teſtator ſuam voluntatem , quæ alioqui non niſi per ſcripturam ipſam probari poſſet.

ERROR SEPTIMVS.

De ſententia l. vlt.C.de fideic.& §.vlt.Inſt. de fideic.hered.

NEQVE verò in toto iure noſtro locus vllus eſt qui pro interpretibus contra nos adduci poſſit , ſi cum excipias quem vnum noſtri adferunt poſt Accurſium (nam & in hanc ſententiam Accurſius venit) *ex §. vltim. Inſtitut. de fideicommiſſ. heredit. & leg. vltima C. de fideicommiſſ.* vbi conſtitutum eſt , vt ſi is à quo fideicommiſſum relictum dicitur,poſteaquàm negauerit,confiteatur quidem aliquid à ſe relictum eſſe, ſed ad legis ſubtilitatem

Digitized by Google

recurrat negãs ritè relictũ eſſe ac eo modo quo relinqui iure debuit, id eſt interuenientibus quinque teſtibus, omnino, fideicommiſſum ſoluere compellatur. Inde namque apparet ſolam heredis confeſſionem ſufficere ad probandam non modò voluntatem, ſed etiam quod magis eſt, ſolennitatem, ſi facta ſit poſt inficiationem, Non quaſi confeſſio ante vllam inficiationem facta non ſufficiat ad probandam voluntatem: Sed quia non ſufficeret ad ſupplendam ſollennitatem quæ interueniſſe negaretur. Sic enim illa Iuſtiniani conſtitutio ſecundùm Ioannis interpretationem vulgò accepta eſt, vt ſi heres ab initio confiteatur fideicommiſſum relictum eſſe, ſed interuenientibus paucioribus quàm quinque teſtibus, ideóque neget ſe ad eius præſtationem teneri, non ſit cogendus ſoluere adeóque nec iurare ſi iuſiurandum ei deferatur, tametſi de calumnia priùs iurauerit is, qui fideicommiſſum petit. At ſi neget relictum, non aliter poſſit ad ſolutionem vrgeri quàm ſi deferente iuſiurandum fideicommiſſario iurare nolit, ſcilicet ſi hoc fideicommiſſarius eligat. Si enim alias tentet probationes quas implere non poſſit, audiendus non eſt deferens iuſiurandum poſt alias probationes deſperatas. Si verò negauerit primùm, deinde confeſſus ſit relictum, nihil ei proſit quod per quinque teſtes fideicommiſſum probari non poſſit, ſed omnimodo ſoluere cogatur, & ad ſolutionem præcisè vrgeatur. Atque ita nouam Iuſtiniani conſtitutionem conciliant cum eo quod à prioribus Imperatoribus reſcriptum erat *in l. ſi veritas 23. C. eod. tit. De fideic.* ſi veritas vel ſollennitas iuris deeſt, nec amplexus defuncti voluntatem heres legata dedit, vel *tranſactionis* canſa ſtipulanti promiſit, negotiúmque integrum eſt, ad ſolutionem vrgeri cum non poſſe. Ex quo reſcripto manifeſtè apparet ita facere iuris rationem, vt parùm referat, an veritas voluntatis, an ſolennitas iuris deſit, tùm quoque cùm agitur de fideicommiſſo, quantò igitur magis ſi de teſtamento ageretur? At neque hac parte id eſt quod ad nouam Iuſtiniani conſtitutionem illam attinet conuenit mihi cum interpretibus. Video enim non de qualibet vltima voluntate loqui Iuſtinianum, ſed de fideicommiſſo duntaxat, Cuius propria condicio & natura illa eſt, vt ſollẽnitates iuris nullas exigat, cùm neque cognitum ſit legibus à quibus ſollennitatum omnium origo fluxit, ſed ex ſola heredis fide pendeat, vt idem Iuſtin. teſtatur *initio, eiuſdem titul. de fideicom. hered. & titul. de codicill.* Vt proinde mirum non ſit ſolam heredis confeſſionem ſufficere ad probandum fideicommiſſum, cuius nulla prorſus ſit ſollennitas, dummodò conſtet de voluntate quę heredis fidei commiſſa eſt, de qua porrò non meliùs aut certiùs cõſtare poſſit quàm per confeſſionẽ eius qui fidem ſuam obſtrinxit, ſiue heres ille ſit ſiue legatarius, ſiue fideicommiſſarius. Nam & à legatario & à fideicommiſſario relinqui fideicommiſſum poteſt, & hos omnes caſus Iuſtiniani conſtitutio ſupra dicta complectitur, nec tamen de legato loquitur quod relictum negetur, multò minùs autem de inſtitutione. Et verò non aliam Iuſtiniani mentem fuiſſe quàm vt in ſolis fideicommiſſis nouum hoc ius induceret, præter id quod conſtitutionis verba ipſa præſeferũt, apparet etiam ex eo quod in ipſo *§. vlt.* præfatus ille prima fideicommiſſorum cunabula ab heredum fide pendêre, & tam nomen quàm ſubſtãtiam accepiſſe, ideóque Diuum Auguſtum ad neceſſitatem iuris ea retraxiſſe: ſubiungit nuper ſe conſtitutionem feciſſe ſuggerente Triboniano, per quam Auguſtum ſuperare contendens diſpoſuit vt fideicommiſſum quod neque per ſcripturam, neq; per quinque teſtes

Digitized by Google

probari poteſt, per heredis aut alterius qui grauatus dicitur, iuſiurandum probari poſſit. Non ergo bona conſecutio eſt ſi quis ex eo quod in ſolis fideicommiſſis Iuſtinianus conſtituit argumentum ſumere velit ad probationem teſtamenti, ſiue de legato, ſiue de inſtitutione quæratur. Legum enim omnium authoritas reſiſtit, ne idem de teſtamento dici poſſit, quo nimirum nomine non alia voluntas quàm quæ ſollennis & legitima ſit ſignificatur. Primúſque hic interpretum error eſt, quod putant perinde ex heredis legitimi confeſſione probari teſtamentum poſſe. Secundus verò nec leuior meo iudicio ille eſt, quod fideicommiſſis minùs fauent, quàm faueat Iuſtiniani conſtitutio: Quandoquidem nolunt poſſe heredem aliúmve qui rogatus ſit, vrgeri ad ſolutionem ſi ab initio fateatur relictum eſſe fideicommiſſum, ſed ſollenniter relictum neget; at illo tantùm vno caſu quo ſit perfidus & mendax negando primùm quòd fideicommiſſum vllum relictum ſit, poſteà confitendo idipſum quod negauerat. In quo grauiùs puniunt mendacium quàm perfidiam. Qui neque fatetur relictum eſſe fideicommiſſum, ſed negat ſollenniter relictum eſſe, is haud dubiè non modò perfidus eſt, ſed ſuam quoque perfidiam fatetur. Quid enim poſſit dici magis perfidum quàm ſi quis neget teneri ſe id adimplere, quod fidei ſuæ tamen commiſſum eſſe fateatur? Quamuis non ſit mendax hic qui fatetur fideicommiſſum, At is qui primùm negauit relictum, poſteà verò idipſum cõfitetur quod negauerat, etſi ab initio mendax fuit qui veritatẽ negauit quam ſciuit, minùs tamen poſteà mendax eſt à quo tẽpore agnoſcit fatetúrq; relictum à ſe fideicommiſſum, quàm ſi in mendacio & negatione perſeueraret, Tametſi maneat perfidus qui ſolutionem fideicommiſſi recuſat prætextu omiſſæ ſollennitatis. Cur ergo grauius puniatur ob mendacium in quo non perſtat, quàm ob perfidiam in qua perſeuerat? An quia mendacium aliquando iunxit perfidiæ. Nec quiſquam ex pœnitentia nocens eſſe deſinit? vt ſcriptum eſt *in l. qui ea mente 65. D. de furt.* Atqui nec ſine mendacio perfidia vlla eſſe poteſt, nec tam impudens eſt perfidia quæ colorẽ aliquẽ licet improbũ ex alio mendacio quærit. Denique hoc volo dicere, grauius eſſe crimen perfidiæ quàm mendacij, ob idque non mitiùs puniendum, ſed tantò grauiùs quantò impudentior eſt qui ſe perfidum fatetur, quàm qui ab initio mentitur ideò tantùm ne perfidus videatur. Igitur ſi is qui fideicommiſſum à ſe relictum negauit primùm, poſteà verò confeſſus eſt, ad ſolutionem omnimodo vrgeri debet, vt vult Iuſtiniani conſtitutio, Quidni etiam tenebitur is, qui ab initio confeſſus fuit? An minùs perfidus eſt qui negare debet: ſe fideicommiſſum præſtare quod relictum fatetur, quàm ſi relictum negaret? Aut quid ei prodeſſe poteſt ad declinandam perfidiæ inuidiam, quòd nullis vel paucioribus quàm quinque teſtibus interuenientibus fideicommiſſum relictum dicat, quod ſibi iniunctum eſſe fateatur? Cur enim teſtes in fideicommiſſo probando exiguntur, niſi vt voluntas probetur? Siquidem nulla ſollennitas in hoc vltimæ voluntatis genere neceſſaria eſt, ſed tantùm veritas. Et quod ſcriptum eſt in *d. §. vlt. de fideic. hered.* quinque teſtium numerum in fideicommiſſis legitimum eſſe, non eam habet rationem, quaſi vel fideicommiſſa ipſa ſint legitima, vel quod effectu idem eſſet, numerus ille ad ſollennitatem actus requiratur. Sed quia iuris conſtituti, & ex Theodoſij conſtitutione *in l. vlt. §. fin. C. de codicill.* illud eſt, vt quoties non niſi per teſtes fideicommiſſum probatur, pauciores quàm quinque teſtes non ſufficiant, ne

quid falſitatis incurrat minore adhibito teſtium numero, vt Iuſtinianus noſter ratiocinatur *in d.l.vlt.C.de fideic.* Cæterùm ad actum ipſum fideicommiſſi vtiliter conſtituendum non eſſe pro ſollennitate neceſſarium numerum quinque teſtium, adeóque nec duorum, argumento illud eſt quod ſi forte de teſtatoris voluntate per ipſius ſcripturam conſtet, nihil aliud requirimus, vt heredem vel alium quiſquis grauatus eſt ad fideicommiſſi ſolutionem condemnemus. Quod omnium manifeſtiſſimè probat ille ipſe Iuſtiniani locus, de quo tractamus *in d. §. vlt.* ſi quis ea verba bene expendat *& neque ex ſcriptura, neque ex quinque teſtium numero poſſit res manifeſtari.* Oſtēdunt enim nō eſſe vtrumque neceſſarium, ſed alterutrum ſufficere vt vel ex ſcriptura ſcilicet ipſius teſtatoris, (nec enim manu ipſius codicillos ſcribi prorſus neceſſe eſt *l. Diuus 6. §. codicillos. D. de iur. codicill.*) vel ex quinque teſtium numero fideicommiſſum probetur: quod etiam conſtat *ex l. cùm pater 77. §. donationis de legat. 2. l. & in epiſtola 22. C. de fidei.* Cùm fides epiſtolę conſtare poſſit, non modò per pauciores quàm quinque teſtes, ſed etiam ſine teſtibus ex comparatione puta literarum, Quo caſu nihil ſanè cauſæ eſt, cur non præſtari debeat fideicommiſſum, de cuius veritate dubitari non poſſit: vt alibi pluribus à nobis comprobatum eſt. Cur non ergo ſufficiet conſciētia ſola relicti fideicommiſſi per confeſſionem eius ipſius, qui grauatus eſt, teſtata? *l. 2. C. eod. tit. de fideic.* Non equidem ſola illa conſcientia ſufficeret ad præbendam fideicommiſſario perſecutionem, licèt ſufficere poſſit ad dandam ei retentionem vt *in d. l. 2.* Nempe quia probanda neceſſariò voluntas eſt ab eo qui fideicommiſſum petit, quod aduerſarius relictum eſſe negat *l. poſtquā 5. § ſi dies D. vt legat. ſeu fideic. ſeruand. cauſ. caueat.* Probatio autem ex aduerſarij conſcientia erui nulla poteſt ſi non is primùm facto vel dicto aliquo conſcientiam ſuam aperuerit. Sed vbi conſcientiam prodidit expreſſa confeſſio, nihil aliud inueſtigandum ſupereſt, quod fideicommiſſi ſolutionem remorari poſſit aut debeat, Cùm ab eo tempore aperta eſſe incipiat perfidia grauati, qui fidem à ſe datam teſtatori frangit, & adimplere recuſat quod promiſit, in quo vno elucet inſignis quædam perfidia, Certè multò grauior quàm ſi negetur data fides, quæ tamen verè data fuit. Idque Iuſtinianus etiam noſter exprimit non obſcurè *in d. §. vlt.* cùm ait: *ſi heres perfidia tentus adimplere fidem recuſat.* Parum enim eſt ad vitandum perfidiæ crimen, quòd heres fideicommiſſum à ſe relictum eſſe, vel fateatur, vel neget, ſi non effectu quoque ipſo fidem adimpleat, præſtando, quod promiſit.

ERROR OCTAVVS.

De emendatione dict. §. vlt. Inſtit. de fideic. hered.

DICES pro interpretibus, ſtatim ſequi apud Iuſtinianum *negando rem ita eſſe ſubſecutam.* Hæc enim verba ſunt quæ interpretes fefelliſſe videntur vt nouam Iuſtiniani conſtitutionem coarctandam putauerint ad eum caſum quo perſona grauata non ſolùm recuſet pręſtare fideicommiſſum ſed etiam relictum neget. Verùm facilis reſponſio eſt, Ideò loqui Iuſtinianum in negante, quoniam in confitente ratio nulla dubitandi occurrere poterat, quin

omnino

omnino ſoluere teneretur. In ea námque re quæ ex ſola interrogati fide pendeat, quænam obſecro iudicis partes aduerſus confitentem eſſe poſſunt niſi in condemnando? Nihilne ergo intererit, inquies, an is contra quem de fideicommiſſo agitur fateatur ab initio relictum eſſe, an verò poſtquàm id ipſum iam negauerit? Videtur enim repugnare quod in fine *d. §. vlt.* ſcriptum eſt in hęc verba, *Quòd ſi is à quo relictum dicitur, poſtquàm negauerit confiteatur quidem aliquid relictum eſſe ſed ad legum ſubtilitatem recurrat, omnino ſoluere cogendus eſt.* Nam quid facerent verba illa *poſtquam negauerit*, ſi nihil referret an negaſſet antea, necne? Et rurſum, an non indignior eſt, qui audiatur recurrens ad ſubtilitatem legum poſtquàm negauit, quàm ſi non negaſſet? Nam & aliis pleriſque iuris partibus ſua mendacio pœna conſtituta eſt vti ne poſt mendacium liceat, quod antè licebat *vt in l. vltim. D. de rei vindic. Auth. item poſſeſſor C. qui potior. in pignor. hab. cum ſimilib.* At reſpondeo, quod ad ſupradicta verba pertinet, ſuſpecta illa eſſe & ſuppoſititia, ideóque in editione emendatiore lineis interclusa quomodo eſſe ſolent quæ ex interpretum gloſſis in textum irrepſerunt. Neque ſanè dubium apud me eſt quin addita ſint ab aliquo interprete, qui Ioannis opinionem ſecutus non aliter cõdemnandum putauit heredem confitentem relictum à ſe fideicommiſſum quàm ſi eiuſmodi confeſſionem præceſſerit negatio, cuius odio prohibendus ille ſit ſubinde recurrere ad iuris ſubtilitatem. Sed ego contrà ſic ſentio, Iuſtiniani mentem eam fuiſſe vt duos tantùm caſus diſtingueret, An ſcilicet is contra quem de fidei commiſſo agitur, fideicommiſſum relictum neget, quod neque per ſcripturam defuncti, neque per quinque teſtes probari poteſt, an fateatur, Vt ſi neget cogendus ſit iurare deferente iuſiurandum actore, nec aliter cogatur ſoluere quàm ſi nec iurare velit: ſi verò fateatur ſiue antè, ſiue poſt inficiationem, omnino cogatur ſoluere, id eſt etiamſi iuſiurandum de eo nullum ei deferatur. Quid enim neceſſarium eſt deferri iuſiurandum ei qui iam fateatur? Aut cur minoris momenti erit ſpontanea confeſſio, quàm iuſiurandum vrgente ac deferente aduerſario vel præſtitum vel recuſatum? An non vtroque caſu perinde verum eſt & teſtem in cauſa ſua eſſe & iudicem eum qui ſiue vltrò, ſiue coactus iuratúſque confitetur? Quæ tamen Iuſtiniani ratio eſt, qua potiſſimùm mouetur, vt conuentum reum obliget ad ſolutionem fideicommiſſi quam recuſabat. Sed & illud veriùs dici poteſt, Tam certum fuiſſe Iuſtiniano & indubitatum ius illud, quod nos defendimus, De condemnando ad ſolutionem herede, qui fideicommiſſum à ſe relictum eſſe fateatur, Vt caſum hunc prætermiſiſſe videatur, tanquam de quo non niſi abſurdè & ridiculè ferri lex poſſet, cùm non debeant leges eſſe de indubitato. Nam *in dict. §. vltim.* iis poſtremis verbis quæ nos ſuprà retulimus, Non hoc ſimpliciter ait, eum à quo relictum dicitur fideicommiſſum ſi confiteatur quidem ſed ad legum ſubtilitatem recurrat, omnino ſoluere cogendum eſſe, de quo nec anus dubitaret: ſed de illo diſertè loquitur qui aliquid tantùm à ſe relictum eſſe confiteatur, id eſt minorem quantitatem quàm illa ſit quæ petitur, vt intelligamus quod ſequitur cogendum eum eſſe omnino ſoluere, ſic accipi oportere, vt non tantùm eam quam confitetur quantitatem, ſed totam illam quæ petitur ſoluere compellatur. Sic enim explicat illa ipſa Iuſtiniani conſtitutio quæ extat *in dict. l. vlt. verſ. vel ſi recuſandum exiſtima-*

Digitized by Google

uerit ſacramentum , vel certam partem aut quantitatem manifeſtare fideicommiſſario derelictam voluerit (ſic legendum eſt, non vt vulgò *noluerit*) *ſi forſitan maiorem fideicommiſſarius expetat , omnimodo exactioni fideicommiſſi ſubiacere & eum ad ſatisfactionem compelli.* Secundum quam interpretationem ponendum ſemper eſt præcedere delationem iuriſiurandi, quippe quæ non minùs neceſſaria eſt cùm heres minùs relictum eſſe contendit, quàm ſi negaret omnino relictum quicquam fuiſſe, Niſi fideicommiſſarius ea quantitate contentus eſſe malit, quam heres confitetur. Ex eóque magis intelligimus quàm verum ſit, quod modòdicebamus abundare apud Iuſtinianum verba illa *poſtquam negauerit.* Nam & qui pro maiore quantitate conuentus minorem ſolam confitetur,etiam nunc negat reliquam quæ petitur,ſiue antè, ſiue poſt delatum iuſiurandum neget. Quid ergo attinet quærere an negauerit antea necne, cùm adhuc neget? Quòd ſi confiteatur relictum eſſe quicquid & quantumcumque illud eſt, quod petitur,ſiue ante ſiue poſt inficiationem, ſicuti delatio iuriſiurandi non eſt neceſſaria, ita neque Iuſtiniani conſtitutio vlla vt condemnetur ex ſua confeſſione is qui conuenitur. Nec magis permittendum eſt ei qui negare numquam voluit, vt ad legum ſubtilitatem recurrat, quàm ei qui negauit, cùm in fideicommiſſis non de ſubtilitate iuris quærendum ſit ſed de fide data, quam non præſtare perfidi hominis ſit,& à pietatis officio alieni.

ERROR NONVS.

De differentia fideicommiſſi, & alterius cuiuſlibet vltimæ voluntatis. & ad l. ſi veritas 23. C. de fideic.

DIFFICILE tantùm illud videtur, Quo iure poſſit fideicommiſſum peti,aut quo colore ſi neque per ſcripturam probetur, neque per ſufficientem numerum teſtium. Prius ſiquidem eſt vt petatur quàm vt conuentus heres fateatur in iure & apud Prætorem relictum illud eſſe, ſiue in totum ſiue ex parte. Et hinc nimirum apparebit manifeſtiùs quàm diuerſa ratio ſit fideicommiſſi, & alterius cuiuſlibet vltimæ voluntatis. Nam in cæteris vltimis voluntatibus bona obiectio eſt, cùm neque ex teſtamento, neque ex codicillis agi poſſit aut pro legato aut pro hereditaria aliqua portione quin teſtamentum aliquod ſollenne proferatur ex quo actionem prætor dare poſſit, Teſtamentum, inquam ſollenne non quod in ſcriptis factum eſſe neceſſe ſit,ſed quod ſuas habeat ſollennitates ſiue in ſcriptis,ſiue per nuncupationem teſtatus quis proponatur. At fideicommiſſa non per actionem petuntur ſed cognitione Prætoria & implorato auxilio Prætoris fideicommiſſarij,apud quem de voluntate diſceptari poteſt etiamſi neque teſtamentum vllum, neque codicilli,neque teſtes proferantur. Interrogato nimirum herede an non fidem ſuam teſtatori eam in rem obſtrinxerit, vt vel per ſpontaneam eius confeſſionem, vel ſi neget per delati iuriſiurandi acce-

ptationem aut recuſationem res expediatur. Idque eſt quod noua Iuſtiniani conſtitutio potiſſimùm induxit, cùm anteà ius ita eſſet, vt ſi fideicommiſſum relictum negaretur, non idcirco deferri iuſiurandum poſſet, Fortaſſe propter metum periurij, cùm credibile eſſet facilè peieraturum eum, qui tantæ perfidiæ reus aut ſaltem ſuſpectus iam tum diceretur. Neque tamen ſimiliter vllo iuris loco conſtitutum videas vt pro legato quod relictum negatur, iuſiurandum deferri poſſit, nempe quia legatum non ſicut fideicommiſſum ex heredis fide pendet, ſed ex iuris ratione ac ſollennitate, cuius probationem quoque ſollennem ac legitimam eſſe oportet, in quo tamen numero non magis iuſiurandum heredis, quàm nuda ipſius confeſſio poni poteſt, tametſi & iuſiurandum deferre velit legatarius, & heres iurare: Niſi conſtet factum fuiſſe teſtamentum, & quidem in ſcriptis, puta ex quo hereditatem adierit ille ipſe qui tanquam heres conuenitur, vt non de teſtamento ſed de ſolo legato controuerſia ſit. Etenim poteſt interdum euenire, vt amiſſis tabulis nec apparente teſtamento legatarium ſe aliquis dicat, qui tamen teſtamentum non proferat: quo caſu iureiurando rem decidi neceſſe eſt: ſed deferente herede non legatario, ſi fortè heres veritus, ne quid faciat cõtra voluntatẽ defuncti aut potiùs vt ſe litis moleſtię citiùs ſubtrahat, malit vltrò deferre iuſiurandum actori, quàm eum cogere ad ſcripturæ exhibitionem, quod tamen facere vtique pro ſuo iure poſſet *d. l. poſtquam* 5. §. *ſi dies D. vt legat. ſeu fideic. ſeruand. cauſ. caueat.* Hoc autem cùm accidit cogitur quidem legatarius iurare vt ſi iuret, conſequatur ex eo teſtamento legatum, ſed ſi poſteà prolato teſtamento appareat nihil fuiſſe legatum, erit locus condictioni ne impium lucrum ex periurio ſuo legatarius retineat, vt idem Iuſtinianus noſter conſtituit *in l. vltim. C. de reb. credit. & iureiur.* Qua ex lege apparet, ſi non conſtet factum eſſe teſtamentum in ſcriptis, non poſſe de legato quod relictum dicitur iuſiurandum deferri, maximè verò per legatarium, quia nec niſi in teſtamento aut ſaltem in codicillis teſtamento confirmatis legatum dari poteſt, quod nemo de fideicommiſſo perinde dixerit. Hac verò legati & fideicommiſſi admiſſa differentia, non erit difficile reſpondere ad id quod interpretes obiiciunt ex *d. l. ſi veritas*, qua potiſſimùm mouentur, vt dicant heredem confitentem fideicommiſſum relictum quidem ſed minùs ſollenniter, ſi nunquam negauerit relictum eſſe, neque ad iurandum, neque ad ſoluendum cogi poſſe. Dici enim poſſet loqui eam legem, non de fideicommiſſis tantùm, ſed etiam de legatis, cùm loquatur de relictis in genere, quo nomine legata perinde ac fideicommiſſa continentur: Itaque ad omnia quidem referri debere quod lex ait ſi veritas deſit relictum non deberi, hoc eſt ſi de voluntate non appareat, ſed quod additur idem eſſe ſi iuris ſollennitas deſit, ad ſola legata pertinere non etiam ad fideicommiſſa quæ nullam iuris ſollennitatem deſiderant. Nec minùs verè dici etiam illud poſſet Iuſtiniani conſtitutionem de cuius ſententia & interpretatione diſputamus, ſicuti poſterior eſt, ita nouum ius facere quod Diocletiani & Maximiani tẽporibus, quorum eſt *dicta lex ſi veritas*, nondum obtinebat. Sed tamen illa reſponſio, magis placet, quàm & ex interpretibus plerique probãt quos Bart. refert, vt quod ſcriptũ eſt *in d. l. ſi veritas & in l. ex teſt. 29. eod. tit.* ad ea demùm fideicõmiſſa reſtringatur quæ relicta sũt in teſtamẽto minùs ſollẽni, ſiue in ſcriptis

illud fuerit, ſiue per nuncupationem, quod teſtator putauerit & voluerit valere: quo caſu non magis valere poſſunt quæ in teſtamento inutili & inualido relicta ſunt, quàm teſtamẽtum ipſum, niſi à legitimis quoque heredibus fuerint repetita, vt ſcriptum eſt *in d. l. ex teſtamento & in l. generaliter 24. §. ex teſtamento D. de fideic. libert. l. 1. C. eod.* Nam nec alia teſtatoris voluntas fuiſſe videtur quàm vt ea quæ in teſtamento data ſunt, ita demùm valeant ſi teſtamentum ipſum valeat totum, quia nec pro parte valere poteſt, ſi excipias ius nouum ab eodem Iuſtiniano noſtro conſtitutum *Nouell. 115. vt cum de appel. cognoſc. §. aliud quoque capitulũ,* vnde ſumpta eſt *Auth. ex cauſa C. de liber. præter.* At cùm extra teſtamẽtum fidei heredis aut alterius commiſſum aliquid eſt ab eo qui neque teſtamentum, neque codicillos facere, ſed tantùm relinquere fideicommiſſum voluit, eo nimirùm caſu Iuſtiniani conſtitutio locum habet quæ induxit vt tale fideicommiſſum quod neque per ſcripturam, neque per teſtes probari poteſt, probetur per heredis aut alterius qui grauatus dicitur, iuramentum.

ERROR DECIMVS.

Quid noui induxerit Iuſtinianus in l. vlt. C. de fideic.

NEc eſt quod cum Accurſio quis obiiciat contra hanc interpretationẽ quod Iuſtinianus *in d. §. vlt. De fideic. hered.* loquitur de teſtatore iis verbis *ſi teſtator fidei heredis ſui commiſit.* Quaſi teſtator eſſe non poſſit, niſi vbi teſtamentum aliquod eſt. Nam imò verò teſtatorem aliquando generali nomine dicimus omnem eum, qui decedit cum aliqua vltima volũtate, licèt deceſſerit inteſtatus: Atque ita Iuſtinianum accipiendum eſſe non meliùs probare poſſim quàm ex eiuſdem ipſius Iuſtiniani verbis *in d. l. vlt. C. de fideic* vbi ſcriptum eſt *ſi ſine ſcriptura, & ſine teſtibus fideicommiſſo derelicto.* Quis enim vnquam dixit fieri poſſe teſtamentum ſine ſcriptura & ſine teſtibus? Neque aliter rurſum idem Iuſtin. *in d. §. vlt. & neque ex ſcriptura, neque ex quinque teſtium numero poſſit res manifeſtari:* cùm enim nõ id egit teſtator vt ſollenniter teſtaretur, nec vt codicillos faceret, nulla ſubeſt coniectura voluntatis propter quam dicendum ſit ex tacita eius voluntate fideicommiſſum corruere quod per ſe ſubſiſtere voluit, nullo alio adminiculo, nulliſque aliunde probationibus ſuffultum. Quamquam non eo magis tale fideicommiſſum valeret ſine ſcriptura & ſine teſtibus relictum, ſi noua Iuſtiniani conſtitutio ius hoc non induxiſſet, antequam inauditum ſanè fuit vt valeret fideicommiſſum quod neque per ſcripturam, neque per teſtes probaretur. Neque ab hac noſtra ſententia Bartolus ipſe alienus eſt, niſi quod in eo errat cum cæteris omnibus quod fideicommiſſa non diſtinguit hac parte à legatis, ait enim Ex voluntate minùs ſollenni (Adde, quam nec ſollennem eſſe teſtator voluit) legata & fideicommiſſa deberi. Et iterum, Notabilem eſſe legem illam ad hoc quod quando teſtator ſollenniter teſtari noluit ſed confidit de fide heredis heres tenetur ad præſtationem illius legati & ciuiliter & naturaliter. Quæ tamen ſententia ſicut in fideicommiſſo vera eſt, ita in legato falſa. Nam nec legatum dici poteſt, quod heredis fidei committitur, ſed fideicommiſſum,

cùm

Digitized by Google

cùm ab heredum fide fideicõmiſſa omnia & nomen & ſubſtantiam acceperint vt ex Iuſtiniano iam diximus. Ideóque non imperatiuis verbis vt legata ſed precatiuis fideicõmiſſa relinquũtur vt Vlp. ſcribit *in regul. titul. De legat.* Neque quod idem Iuſtinianus noſter legata fideicommiſſis per omnia exæquauerit *in l. 2 C. commun. de legat.* tam generaliter accipiendum eſt, vt ex eo fœda & nominum & rerum confuſio inducatur, quomodo ſanè induceretur ſi promiſcuè legatum quodlibet pro fideicommiſſo, & viciſſim fideicommiſſum quodlibet pro legato acciperetur. Fateor iura legatorum & fideicommiſſorum exæquata eſſe, iámque tum fuiſſe cùm de ſolis fideicommiſſis Iuſtinianus locutus eſt *in d. §. vlt. de fideicom hered.* vt conſtat *ex §. ſed non vſque inſtit. de legat.* Sed hoc quantum ad legata & fideicommiſſa valida, & in ſollenni aliqua voluntate relicta, non etiam quantum ad ea fideicommiſſa de quibus agimus, id eſt quæ nec per ſcripturam nec per teſtes relicta ſint ſed quæ ex mera ſoláque heredis aut legatarij aut fideicommiſſarij grauati fide pendeãt, id eſt ad quorum præſtationem is qui grauatus eſt fidem ſuam obſtrinxerit. Non enim de aliis fideicommiſſis loqui conſtitutionem, & interpretes ipſi ferè omnes fatentur, & liquet ſatis ex verbis conſtitutionis, quæ non alia ratione nititur, quàm quòd heredis fides & religio electa ſit, nec ei permitti debeat vt fidem quam dedit, fallat. Itaque non ſufficiet allegari à fideicommiſſario, quòd ſibi relictum ſit fideicommiſſum, ſi non etiam alleget datam fidem ab eo à quo fideicõmiſſum petit, vt appareat nõ minùs de grauati perfidia quàm de fideicommiſſo tractari, ne alioqui nouæ conſtitutioni locus non fiat: Nec ſi actor præterea dicat, non eſſe heredem aut alium grauatum neſcium voluntatis defuncti quam is fortè declarauerit in præſentia teſtium, vel pauciorum quàm quinque vel nunc mortuorum. Neque enim fideicommiſſi conſcientia poſſet ſufficere quam perfidia non comitaretur, adeò vt iuramentum purgationis non ſolùm ſufficiat eo caſu, vt Baldus voluit, ſed neque neceſſarium ſit. Perfidiam autem in propoſito non ex eo ſolo æſtimamus ſi teſtatoris voluntati non ſatisfiat, ſed ſi data teſtatoris fides violetur: quam proinde datam eſſe allegandum eſt, priuſquàm is contra quem agitur perfidię reus dici poſſit. Et ſic nouam hanc Iuſtiniani conſtitutionem accipiendam eſſe non dubitamus, vt quod ille ait ſe conſtituere ad exemplum Auguſti, qui primus fideicommiſſa traxerat ad neceſſitatem iuris, cùm anteà ex heredum fide ac pudore omnino penderent, de iis ipſis fideicommiſſis ſolis accipiatur, quæ nec poſt illam Auguſti legem peti hodie poſſent ſi non ſuperaſſet Auguſtum Iuſtinianus in ampliando fauore fideicommiſſorum. Probationes enim relicti fideicommiſſi non modò aliquas ſed etiam certas & indubitatas Auguſtus exigebat vt ad fideicommiſſi præſtationem vrgeri poſſet is, qui fidem ſuam dediſſe diceb itur, neque permittebat vt ea de re iuſiurandum deferretur. At Iuſtinianus ſola fideicõmiſſarij allegatione contentus eſt, vt eum cuius fides & religio electa fuit, adigat ad iuſiurandum vel ſuſcipiendum vel recuſandum ni ſoluere paratus ſit: Eo nimirum ſolo caſu quo non ſolùm dicat fideicommiſſarius relictum ſibi eſſe fideicommiſſum, ſed etiam, quod præcipuum eſt, Datam fidem ab eo contra quem agitur de fideicommiſſo præſtando, Datam, inquam, non modò teſtatori, ſed etiam quod nemo obſeruat, ipſi quoque fideicommiſſario. Id enim eſt quod lex ait *cuius religio & fides à fideicommiſſario electa eſt.* Duplex namque perfidia huius eſt qui fidem dederat duobus, vt v-

Digitized by Google

trumque deciperet, indéque eſt fortaſſe, quod ſingulari quodam iure huiuſmodi iuſiurãdũ à fideicõmiſſario delatũ referri ei nõ poteſt, ſed omni modo iurare cogitur is qui fidẽ de illo dicitur aut recuſare aut ſoluere: cum in cęteris cauſis manifeſtæ turpitudinis non ſit nolle iurare, ſi modò iuſiurandum referatur. *vu'g.l.manifeſtæ* 38.*D.de iureiur.* Illud ſanè ad inducendam nouæ conſtitutionis poteſtatẽ non exigemus, vt qui fideicommiſſum reliquit, inteſtatus deceſſerit. Nihil enim refert an teſtamẽtum aliquod factum ſit, necne, etiam ſollenniter, an minùs ſollẽniter, dummodò fideicommiſſum quod petitur non in teſtamento relictum ſit ſed extra teſtamentum ſine ſcriptura & ſine teſtibus, ſola grauati fide ſubnixum, quam is præſtiterit & teſtatori & fideicommiſſario, Ne per calumniam videatur deferri iuſiurandum ab eo qui neque per ſe, neque per alios ſciat quod inter defunctum & heredem aliúmve oneratum quemlibet, ſecretò geſtum eſſe adfirmet.

ANTONII FABRI I.C. SEBVSIANI SENATORIS SABAVDIENSIS, ET IN GEBENNENSIS DVCATVS AVDITORIO PRAESIDIS,

DE ERROR. PRAGMAT. ET INTERPR. IVR.

DECAS LXVIII.

ERROR PRIMVS.

De reuocatione teſtamenti in ſcriptis per poſterius nuncupatiuum. Ad l.nolumus 20. *C. de teſtam.*

CONSTITVTIO eſt Imperatorum Honorij & Theodoſij, cuius tres allatas video interpretationes. Prima fuit Accurſij, ſic intelligentis, vt teſtamentum in ſcriptis ſollenniter conditum non poſſit reuocari per aliud poſterius teſtamentum nuncupatiuum, quod non ſit ſollenne, tametſi Princeps aut quis alius ex potentioribus in eo fuerit inſtitutus. Secunda Bartoli quam & ex

Digitized by Google

ex recentioribus nonnulli probant, vt teſtamentum quidem in ſcriptis alio ſollenniter facto tolli poſſit: Nuncupatiuo autem quantumuis ſollenni non poſſit, etiamſi in poſteriore teſtamento Princeps, aut potentior aliquis heres ſcriptus ſit. Tertia eſt cæterorum ferè omnium iuris interpretum, vt quamuis per nuncupatiuum teſtamentum ritè factum perinde ac per ſollenne in ſcriptis conditum reuocari poſſit prius, quod in ſcriptis ac ſollenniter celebratum fuerat, Aliud tamen obtineat quoties in poſteriore aut Princeps aut alius quiſpiam potentior inuenitur, ne falſi comminiſcendi materiam ea res præbeat, ſi fortè teſtes adſint, qui vt Principi, aut alij potentiori blandiantur, teſtimonium ferre parati ſint de Principis, aut alterius potentioris inſtitutione ad priorem quantumlibet ſollennem voluntatem euertendam. Prima interpretatio parem facit Principis ac cæterorum omnium condicionem, vt neque deterior ſit, neque melior ad tuendum teſtamentum, de quo in aliorum perſonis dubitari non poſſet, quin nullius eſſet momenti. Nemo enim dixerit teſtamentum ſollenne prius, reuocari poſſe per poſterius quod non ſit ſollenne, ſed ita demum ſi poſterius valeat ipſo iure *§. poſteriore Inſt. quib. mod. teſtam. infirm. l. ſi quis priore 29. D. ad SC. Trebell.* Secunda verò interpretatio ſimiliter quidem facit parem Principis & cæterorum omnium condicionem, ſed in eo duriùs agit cum Principe, quòd non patitur vt melior eius condicio ſit, non magis cùm poſterius teſtamentum valet in quo Princeps inſtitutus eſt, quàm ſi non valeret: Cùm tamen minùs inuidioſum videatur ſi quis dicat euerti teſtamentum in ſcriptis per poſterius nuncupatiuum ritè ac ſollenniter factum ſingulari quodam iure ac fauore Principis, quàm ſi de poſteriore teſtamento inualido ageretur. Haberet enim illo caſu fauor Principis comitem iniuriam, cuius nulla ſuſpicio eſt cùm poſterius teſtamentum valet, neque aut litis cauſa aut qua alia mala mente factum dici poteſt. At tertia interpretatio deteriorem facit cauſam Principis, quàm cæterorum, denegata Principi facultate ſuccedendi ex poſteriore teſtamento nuncupatiuo quantumlibet ſollenni, ex quo alius quilibet inſtitutus ſuccederet, dum ne ex potentioribus eſſet. Diſtinxi autem Bartoli interpretationem quaſi diuerſam ab interpretatione Accurſij, contrà quàm fieri ſoleat à vulgo interpretum qui vtramque pro vna habent, quaſi Bartolus non de alio teſtamenti nuncupatiui genere ſenſerit quàm de quo Accurſius, id eſt quod ſit non ſollenne. Cùm tamen Bartolus non de teſtamento non ſollenni loquatur, ſed de minùs ſollenni: quod longè diuerſum eſt, Nuncupatiuum enim tum quoque cùm ſollenniter factum fuit, ſemper tamen minùs ſollenne eſt quàm quod in ſcriptis ritè factum proponitur: Propterea quòd longè plures ſollennitates exiguntur vt quis in ſcriptis teſtetur, quàm vt per nuncupationem, adeò vt ob hanc cauſam teſtamentum quod ſit per ſcripturam ἐμφατικῶς ſollenne dicatur, ad differentiam nuncupatiui, quod nulla formali obſeruatione indigere creditur, acſi nullam penitus ſollennitatem exigeret, quamuis non minùs in eo neceſſarius ſit numerus ſeptem teſtium puberum, ciuium Romanorum, & rogatorùm *l. in teſtamentis 26. C. de teſtamen. §. vltim. & paßim tot. titul. Inſt. de teſtamen. ordin.* Etſi autem non ignoro, etiam apud Bartolum dici plerumque minùs ſollenne teſtamentum eſſe quod nullomodo ſollenne eſt, In propoſito tamen vt exactius iſta diſtingui

debeant illud facit,quod non abs te poſſit quis exiſtimare,Iuris rationi conſentaneum eſſe,nulla quoque in eam rem interueniente conſtitutione,vt teſtamentum in ſcriptis & ſollenniter conditum non niſi alio æquè ſollenni teſtamento poſteriore reuocari poſſit, Ex vulgari feréque perpetua illa iuris regula, quæ nihil tam naturale eſſe ait quàm vt vnumquódque diſſoluatur eo ipſo modo quo colligatum eſt. Inde namque fit vt re obligatio contracta,re tantùm diſſolui poſſit, quemadmodum nec niſi verbis contractus qui verbis initus eſt ſi non id ipſum quod debetur ſoluatur: Denique nudo diſſenſu, quod nudo conſenſu contractum fuerat, vt ſcriptum eſt *in l. prout* 80. *D. de ſolut.* Quò etiam reſpexiſſe videtur Iuſtinianus *in l. teſtium facilitatem* 77. *C. de teſtib.* vbi conſtituit vt qui ex contractu in ſcriptis celebrato conuenitur,ſolutionem allegare nullam poſſit niſi quam vel in ſcriptis ſimiliter probet, vel ſaltem per quinque teſtes idoneos,cùm extra hanc cauſam certum ſit ſufficere duos poſſe. Quidni ergo perinde dicere liceat, Non eſſe ferendum vt ſollenne teſtamentum in ſcriptis & cum tanta obſeruatione conditum, per aliud poſterius dici poſſit reuocatum ſi non eædem ſollennitates in poſteriore interuenerint quæ in priore? Nam quod vulgò noſtri obiiciunt non minùs valere teſtamentum nuncupatiuum iure ciuili,quàm quod in ſcriptis factum eſt *d. §. vlt. Inſt. de teſtam. ord. n. l. hac conſultiſſima* 21. *§. per nuncupationem C. eod.* facilem habet reſponſionem. Verum quidem id eſſe hactenus vt teſtatus quis dici poſſit, ad excludendam ſcilicet ſpem legitimæ ſucceſſionis,ſed non ad euertendum æquè teſtamentum ſollenne, quod cum tanta ſollennitatum obſeruatione prius factum probetur *arg. l. ſi quando* 35. *in princip. C. de inoff. teſtam.* Difficilius ſiquidem eſt vt teſtamẽtum ritè factũ per poſterius ſubuertatur,quàm vt inteſtati ſucceſſio impediatur. Maximè verò probabilis videtur hæc ſententia, ſi ponas poſteriore teſtamento nullam prioris mentionem factam eſſe, ſcriptóſque in poſteriore alios heredes quorum cauſa minùs fauorabilis videri debeat quàm eorum qui in priore inſtituti reperiuntur. Tùm enim iuſta ſubeſt ſuſpicio,vel corruptionis teſtium, per quos teſtamenti nuncupatiui fides adſtruitur, vel retentæ prioris voluntatis quaſi facto per alicuius importunitatem & ſuggeſtionem poſteriore teſtamento per quod non declarauerit teſtator velle ſe receſſum à priore ſi prioris illius voluntatis meminerat: Aut etiam quaſi poſterius teſtamentum factum ſit per obliuionem prioris. Quæ obliuio non eſt modus faciendi irritum prius teſtamentum,ſed potiùs confirmandi,ne teſtator reuocandi eius animum videri poſſit habuiſſe,cuius nec meminit. Atqui nemo vnquam dixit poſſe reuocari teſtamentum ſine animo reuocandi.Prius ergo eſt vt probetur teſtator memoriam habuiſſe prioris teſtamenti, quàm vt dici poſſit vel reuocaſſe illud,vel reuocare voluiſſe. Quamuis in defuncti voluntate interpretanda circa legata, vel fideicommiſſa quæ ex voluntate nuda æſtimantur,potior eſſe ſoleat cauſa poſterioris ſcripturæ poſt obliuionem prioris factæ, *vt in l. Seia* 20. *D. de inſtr. & inſtr. legat. in princip.* Facilè autem obliuio præſumitur non modò ſi poſt decennium quis teſtetur vt *in l. ſancimus* 27. *C. de teſtam.* ſed & ſi teſtetur,quod plerique faciunt,in ipſo mortis articulo, & eo tempore quo humana fragilitas mortis cogitatione turbata memoriam præteritorum retinere non poteſt *l. hac conſultiſſima* 8. *§. at cùm humana fragilitas C. qui teſtam facer. poſſ.* Sed neque vult omnimodo reuocare prius teſtamentum ille qui poſterius facit, at

ita

Digitized by Google

Ita demùm ſi poſterius valeat *l.ſi iure* 18.*de leg.*3. Neceſſe igitur eſt vt prioris meminerit ad illud ſiue expreſſè ſiue tacitè reuocãdũ. Nec leue pro huius ſententię cõfirmatione argumẽtum ſumi ex eo poteſt, ꝙ ſcriptũ eſt *in l.omnium* 19.*eod.tit.* quę alia eorũdẽ Imperatorũ cõſtitutio eſt, ſi quis ſucceſſorẽ ſuũ oblatis Principi precib' declarauerit, nõ eò minùs valere teſtamẽtũ tanquã ritè ac ſollẽniter factũ, ꝙ Princeps nihil ad eas preces aut reſcripſerit, aut reſpõderit. Cuius rei rationẽ Imperatores ſubiiciũt, qđ voluntates hominũ audire velint nõ iubere, *Ne poſt ſentẽtiã noſtrã*, inquiũt, *inhibitum videatur cõmutationis arbitriũ.* Illa enim ratio ſubeſſe videbatur, quòd ſi Principis cõſenſus expreſſus ad teſtãtis preces accederet, eãdẽ ſollẽnitatẽ in reuocãdo quoq; teſtamẽto adhiberi oporteret, vt eodẽ modo diſſolueretur, quo cõſtitutũ eſſet. Viſumq; eſt Imperatorib' lõgè cõmodius, & à iuris ratione minùs alienũ, vt expreſſus Principis cõſenſus nõ adhibeatur in eo teſtamẽtorũ genere, q̃ vt vbi adhibit' fuerit, eius teſtamẽti reuocatio inaudito & irrequiſito Principe permittatur. Adeò verũ eſt quod dicimus eaſdẽ ſollẽnitates in poſteriore teſtamẽto neceſſarias eſſe ad prius reuocãdũ quæ adhibitæ in priore & adhibẽdæ neceſſariò fuerunt. Accedat, ꝙ vix vllus in toto iure locus proferri poſſit quo probetur tractaſſe vnquã iurecõſultos aut Imperatores de teſtamẽto ſollẽni ac per ſcripturã cõdito per nũcupationẽ reuocato. Tractãt enim ſẽper de tabulis, nec priores legitimè factas aliter irritas fieri patiũtur, quàm ſi ſequẽtes iure ordinatæ & perfectæ fuerint, vt loquitur Pertinacis Imperatoris oratio quã Iuſtinianus refert *in §.pen.Inſt.quib.mod.teſtam.infir.* Poſſitq; fortaſſe quis nõ improbabiliter exiſtimare hoc ipſum eſſe qđ Iuſtinianus noſter ſignificare voluit *in §.ſed et ſi quis eod.tit. ſi quis priore teſtamẽto iure perfecto poſterius æquè iure fecerit.* Quid enim aliud ſibi volũt verba illa *æquè iure*, q̃ ſi ſcriptũ eſſet *æquali iuris ſollennitate.* Tractari autẽ eo loco de teſtamẽto in ſcriptis apparet ex ſequentibus verbis eius *§.& l.ſi quis priore* 29.*D.ad SC.Trebel.* vnde locus ille ſumptus eſt, vbi agitur de heredib' ſcriptis, aliis quidẽ in priore, alio verò in poſteriore teſtamẽto. Mihi tamẽ ſubtilius totã rẽ hãc ęſtimãti ꝓbabilius videtur vt ad teſtamẽtũ ſollẽne qđ in ſcriptis factũ fuerat, reuocãdũ nõ minor poteſtas ſit teſtamẽti poſterioris per nũcupationẽ conditi, quàm ſi æquè in ſcriptis factũ eſſet, In eoq; cõuenit mihi cũ frequentiore ſchola interpretũ, ſed cũ hac tamẽ differẽtia, quòd ſi poſterius per ſollennẽ ſcripturam factũ ſit, omnimodo prius reuocatur & ipſo iure, tametſi nulla eius mẽtio facta ſit in poſteriore, Si verò per nũcupationẽ tãtùm poſteriore loco quis teſtatus ſit, nõ aliter reuocatũ intelligatur prius teſtamẽtũ per poſterius quàm ſi expreſſa prioris reuocatio in poſteriore cõtineatur, Quod neſcio an ex interpretibus quiſquã in hũc diẽ ante me dixerit. Ac prioris quidẽ propoſitionis non obſcurã probationẽ adfert hæc ipſa cõſtitutio de cuius ſentẽtia nunc diſputamus, In qua negari non poteſt, quin agatur de eo teſtatore, qui priorẽ ſuã volũtatẽ in ſcriptis & ſollẽniter declaratã reuocaſſe dicatur nuda voce, id eſt nulla ſcriptura interueniẽte, ſed adhibitis tãtùm teſtibus ad vocẽ audiendã, probandáq;. Quo teſtãdi genere nõ aliud demõſtratũ videri poteſt, quàm quod nos nũcupatiuũ teſtamentũ appellamus. Quid verò attinebat conſtitutionẽ in id edere, per quã prohiberẽtur iudices hoc caſu teſtimonia huiuſmodi admittere ſi iuris ratio faceret vt iis etiã admiſſis nihilominùs teſtamentũ prius in ſcriptis conditũ ſubſiſteret, neq; per ſubſequentẽ nũcupationẽ quantũlibet ſollennẽ reuocatum videretur? Dices fortaſſe, Neceſſariã fuiſſe con-

Digitized by Google

ſtitutionẽ nouã, Ne alioqui potuiſſet dubitari An fauor Principis cõtrarium ius elicere deberet, vt per talẽ nuncupationẽ hoc vno caſu non etiã alio vllo prius teſtamentũ ſollẽne reuocari poſſet, Legibus licèt reluctãtibus, quibus ſolutos eſſe Principes non dubitatur, verùm ne hoc dici poſſit, illud impedit q͛d non tãtùm de Principe inſtituto loquitur cõſtitutio, ſed etiã de alio quolibet priuato qui ſit ex potentioribus. Sic enim lex habet: *Nemo itaq; noſtrum vel potentiũ nomen horreſcat*: & rurſum in poſtremis verbis *noſtro vel etiam priuatorum potentium nomine*. Quis verò tã ſtupidus fuiſſet, vt potentiori vlli priuato indulgendũ putaſſet idipſum quod Principi ad inducendã reuocationẽ teſtamẽti ſollẽnis per nuncupatiuũ poſterius, ſi ius cõmune prohiberet? Sed & iã antè Theodoſiũ Imperator Pertinax cõſtituerat, & ſupradicta oratione, quam ex Iuſtiniano retulimus, expreſſerat, Nunquã ſe admiſſurũ ex nuda voce nomẽ heredis, Quemadmodũ refert Iuſtinianus *in §. vlt. eod. tit. quib. mod. teſtam infirm*. Quantò minùs admiſiſſet hereditatẽ ex teſtamẽto nuncupatiuo per quod ruptũ diceretur prius teſtamentũ in ſcriptis factũ? Idq; adeò certũ eſt vt non tam negari poſſit, quàm de illo dubitari, quid noui ab Honorio & Theodoſio inductũ ſit quod ad Principẽ attinet *in d. l. nolumus*. De quo in ſequentibus dicemus. Addo quod ſcriptũ eſt *in Auth. hoc inter liberos C. de teſtam.* teſtamentũ à parente in ſcriptis inter liberos factum adhibita ſollẽnitate de qua in præcedẽte *Auth. quod ſine eod. tit.* licèt habeat tacitam clauſulã derogatoriam, reuocari tamen expreſſim poſſe per ſubſequentem contrariam voluntatem ſiue in ſcriptis, ſiue ſine ſcriptis, perfectam. Etſi poſſet reſponderi eo loco agi de teſtamento inter liberos minùs ſollenni quod non vt teſtamẽtum, ſed vt voluntas inteſtati defenditur, vt ſcripſi *in Err. 3. Dec. 35.*

ERROR SECVNDVS.

De facienda mẽtione prioris teſtamẽti quod reuocatur per poſterius minùs ſollene.

ILLVD ergo pro indubitato habeamus, Poſſe teſtamentũ ſollenne in ſcriptis cõditũ reuocari per poſterius nuncupatiuũ ipſo iure, dum ne Princeps aut priuatus aliquis potentior in poſteriore nominatus proponatur. Quæ tertia & haud dubiè verior noſtrorũ ferè omniũ interpretũ, ſi Accurſium & Bartolum excipias, interpretatio eſt. Sed quod ex ſentẽtia noſtra addimus quodq; cæteri omnes prætermittunt, ita demũ id verũ eſſe ſi prioris teſtamẽti facta mẽtio ſit in poſteriore, videamus vnde probari poſſit. Primùm autẽ me vt ita ſentiã mouet ratio illa, ſiue iuris dicere lubeat, ſiue potiùs voluntatis, quòd nõ facilè credẽdus ſit prudẽs teſtator ab eo teſtamẽto, quod cũ tanta ſollennitate fecerit per ſcripturã, nec vnquã cãcellauerit, recedere voluiſſe, nulla præſertim volũtatis mutãdę cauſa extrinſecus ſuperueniẽte. *arg. d. l. ſi quando 35. C. de inoff. teſtam.* Adieci *nec vnquã cancellauerit*, quia teſtamẽto per ipſum teſtatorẽ cãcellato dubitandi cauſa ſupereſſe nulla poteſt quin à tota volũtate quæ eo teſtamẽto cõtinebatur, recedere voluerit is qui teſtamentũ cãcellauit, ſicut è cõtrario expreſſa prioris teſtamẽti reuocatio ꝑ cãcellatione eſſe poteſt, cùm nihil referat an verbis, an factis volũtas declaretur. Et ob id nimirũ magna iuſtaq; præſumptio eſt ꝙ noluerit teſtator irritas eſſe tabulas, quas cùm incidere poſſet ac cãcellare, penes ſe integras retinuit nõ inciſas, nec cãcellatas nec expreſſim reuocatas *arg. l. qui ex liberis 11. §. teſtamento de bon. poſſ. ſec. tab.* Et apertius *Nouell. 107. De teſt. imperf. §. etſi quidem* iis

Digitized by Google

verbis *cui licuit rũpere quod factũ eſt & aliã facere voluntatẽ &c.* Nec eſt quod replices, ſatis videri teſtatorẽ facto ipſo volũtatẽ ſuã declarare ꝙ nolit prius teſtamentũ valere cũ aliud poſterius cõdit, licèt nõ niſi per nuncupationem: Quãdoquidẽ ſcit aut ſcire debet non poſſe quemquã in paganis decedere cũ duobus teſtamẽtis. Nã reſpondebo primùm, non eſſe locũ huic replicationi, cùm teſtamẽtũ poſterius factũ eſt per obliuionẽ prioris, quod neceſſariò prę-ſumendũ eſt, quoties in poſteriore teſtamento nulla mentio fit, prioris non cancellati & ſollennioris, vt ſuprà diximus. Dices teſtamentũ ritè conditum legẽ quãdam eſſe, nec minoris authoritatis ita volẽte populo quàm ſi ab ipſo populo lata eſſet: Atqui per ſequentẽ legem contrariã, omnimodo, & indiſtinctè tolli priorem: Nimirum, quòd nõ poſſit populus priorem aut ignorare aut obliuiſci, quorũ vtrumq; in teſtatore diuerſum eſt. Quamquam nec facile eſt, vt lex vlla poſterior abroget priorẽ cuius non aliqua mentio facta ſit in roganda poſteriore, licèt verbis poſterioris legis circumſcribi ſoleat mẽtio prioris, propter breuitatẽ quæ in conſcribendis legibus ſeruãda eſt ad maiorẽ earũ maieſtatẽ. Neq; rurſum vna lex facilè ſollẽnior eſt altera. Deinde reſpondeo non eſſe nouũ vt in priore teſtamento ſubintelligatur clauſula derogatoria, quæ poſterius non aliter valere patiatur, quàm ſi prioris mẽtio & reuocatio expreſſim facta ſit, Quomodo tradere noſtri ſolent de teſtamẽto inter liberos, de quo *in dict. Auth. hoc inter liberos. C. eod tit. de teſtam.* ſumpta *ex d. Nouell.* 107. *De teſt. imperf. cap.* 2. itemq; de teſtamẽto in quo pia cauſa inſtituta fuit. Quidni ergo ſimiliter dicemus, in omni teſtamento ſollenni & in ſcriptis facto ſubintelligi clauſulã derogatoriam, Si non ad obligandum ſimpliciter teſtatorẽ ne prius teſtamentum reuocare aliter poſſit per poſterius, quàm ſi prioris expreſſim mentionem fecerit, ſaltem hactenus vt ea expreſſio neceſſaria ſit ſi reuocare prius velit per poſterius non æquè ſollenne. Nam ſi ponas poſterius æquè ſollenniter & in ſcriptis factũ eſſe, faciliùs quis admittat, Prius ipſo iure reuocatũ eſſe, quamuis nulla eius mentio facta ſit in poſteriore, dum ne prioris obliuio interuenerit. Ceſſat enim hoc caſu ratio illa ſuperiùs à nobis allata, quæ vult omnia diſſolui eo modo, quo colligata ſunt: ſicut & ceſſare illã credendũ eſt cùm prius teſtamentum nuncupatiuum fuit, poſterius autẽ ſollenne: & in ſcriptis, vt probari non inelegãter poteſt ex *l. vlt. D. de iur. codicill.* quia quod ſollenne eſt licèt ſpecie differat à nuncupatiuo eaſdem vtique ſollennitates habet quas nuncupatiuum exigit ſi tollas nuncupationem, quæ ipſa tamen in ſcriptura eminenter continetur, quoniam plus quàm nuncupat qui heredis nomen vel ſcribit vel dictat. Mouent me ſecundò verba illa huius conſtitutionis *tanquam patrimonium ſuum ad nos deficiens maluerit pertinere.* Quid enim aliud eſt quod ait *maluerit*, quàm quod volumus, expreſſim factam à teſtatore mentionem prioris voluntatis? Nam nec maluiſſe quiſquam dici poteſt, niſi ex comparatione & antitheſi voluntatis alicuius contrariæ: Et qui dicit malle ſe habere Principem heredem cùm iam alium priore teſtamento ſcripſiſſet, vtique neceſſe eſt vt vel addat vel intelligat, Malle ſe habere Principem heredem quàm alium illum priore teſtamento inſtitutum. Mouet me poſtremò quod ſcriptum video *in l. ſancimus* 27. *eod. titul.* teſtamentum legitimè ac in ſcriptis conditum, non ex ſolo decennij lapſu reuocari, ſed ita demùm ſi teſtator in medio tempore contrariam voluntatem oſtenderit dicendo nolle ſe prius teſtamentum ſtare, dummodò vel perfectiſ-

Digitized by Google

ſimo teſtamento poſteriore id declarauerit, vel adhibitis ſaltem tribus teſtibus aut apud acta voluntatem ſuam manifeſtauerit. Nam ſi tū quoque cùm à tempore conditi teſtamenti decennium effluxit ex quo facilè præſumitur obliuio, prioris tamen teſtamenti mentio facienda eſt, vt reuocatum videri poſſit, quantò minùs reuocatum intelligi debet id cuius teſtator oblitus nõ ſit, & quod non niſi paucis antè menſibus vel annis factum fuerit? Huic enim teſtatori magis poteſt imputari cur voluntatem priorem cuius meminerat non expreſſim reuocauerit, quàm ei qui prioris teſtamenti *oblitus* iterum teſtatur, nulla eius mentione facta. Neque verò contrariam voluntatem declarat, ſed aliam potiùs & nouam facit, qui poſterius teſtamentum minùs ſollenne condit ſi non adiiciat expreſſim, pœnitere ſe prioris & ſollennioris teſtamenti: Adeò vt nec putem ſufficere debere generalem *illam* reuocationem, quæ hodie in teſtamentis ferè omnibus paſſim ſolet inſeri ex ſtylo Notariorum potiùs quàm ex voluntate teſtantium, & per quam reuocantur quotquot præceſſerunt eiuſdem hominis teſtamenta. Nam quēadmodum ſuperuacua eſt illa cautio cùm poſterius teſtamentum tale ſit, vt poſſit rumpere prius ipſo iure, ita inanis eſt nullúmque effectum habere poteſt ſi quid impediat ne per poſterius teſtamentum prius reuocetur: Eſt autem quod impediat, cùm prioris teſtamenti ſollennioris expreſſim, & explicitè facta mentio nulla eſt ab ipſo teſtatore, quamuis facta ſit à notario. Errorem verò & inſcitiam ſtylúmq; notariorum noſtrorum illud omnium apertiſſimè detegit, quòd tùm quoque, cùm in fine teſtamēti adiicit clauſulam illam generalis reuocationis, præfantur tamen initio inſtrumēti factum eſſe à teſtatore teſtamentum ne inteſtatus moreretur. Quaſi potuerit vereri ne decederet inteſtatus qui aliud teſtamentum iam à ſe ſollenniter & ritè factum ſciret, ac meminiſſet. Cúmque omnes qui teſtantur neceſſe ſit ideò teſtari vt vel legitimam inteſtati ſucceſſionem excludant, vel prius teſtamentum quod iam fecerunt reuocent, nec poſſit idem teſtator in eodem teſtamento condendo vtramque mentem illam gerere, conſequens eſt vt *nihil* minùs cogitet quàm de priore teſtamento reuocando, quiſquis *ſimpliciter* teſtatur, nulla prioris teſtamēti facta mētione, maximè verò ſi qua cauſa ſit præſumēdę obliuionis. Sed fiēt iſta apertiora ex iis quę mox ſubiiciemus.

ERROR TERTIVS.

De Pertinacis oratione de qua in §. penult. & vlt. Inſt. quib. mod. teſtam. infirm.
Ad l. cùm heredes 7. C. qui teſt. fac. poſſ. l. non dubium 16. C. de teſtam.

PERTINACIS Imperatoris oratio quā Iuſtinianus refert *in §. pen. & vlt. Inſt. quib. mod. teſtam. infirm.* duo habuit capita. Primum illud de quo *in d. §. penult.* vt ſi quis poſt factum prius teſtamentum poſterius facere cœperit & aut mortalitate præuentus, aut quia eius rei eum pœnituit, non perfecerit, priores tabulæ iure factæ non aliàs irritæ fiant, quàm ſi ſequentes iure ordinatæ & perfectæ fuerint: Alterum de quo *in d. §. vlt.* quo expreſſerat optimus Imperator non admiſſurum ſe hereditatem eius qui litis cauſa Principem heredem reliquiſſet. Neque tabulas non legitimè factas in quibus ipſe ob eam cauſam heres inſtitutus erat probaturum, neque ex nuda voce heredis nomē admiſſurum, neque ex vlla ſcri-

Digitized by Google

ptura cui iuris authoritas deſit, aliquid adepturum. Prius caput ad eam quæſtionem pertinet quam nos ſuperiore capite tractauimus. De priore teſtamento per poſterius reuocando, Præbétque non leue argumentum, eam fuiſſe Imperatoris ſententiam vt teſtamentum ſollenne in ſcriptis factum non aliter poſſet reuocari quàm per aliud teſtamentum æquè ſollenniter & in ſcriptis celebratum, loquitur enim oratio de tabulis & prioribus & poſterioribus, vtriſque iure factis & perfectis. Et quanquam dici poteſt ita locutum Imperatorem ad excluſionem tabularum ſequentium imperfectarum, vt ratio illa ſubiecta demonſtrat; *nam imperfectum teſtamentum ſine dubio nullum eſt*, nõ ad excluſionẽ teſtamẽti nuncupatiui, quod ipſum per ſe ac ſine ſcripto perfectiſſimum iure ciuili firmúmque eſſe poteſt *§. vlt. inſt. de teſtam. ordin.* Sequentia tamen oſtendunt non maiorem habitam fuiſſe ab Imperatore rationem teſtamenti nuncupatiui, perfecti quàm teſtamenti in ſcriptis imperfecti. Cùm pari iure cenſeri voluerit Imperatorem ſcriptum in tabulis non legitimè factis, & Imperatorem inſtitutum nuda voce, id eſt in teſtamento nuncupatiuo quantumlibet perfecto. Hoc verò ſecundum ſupradictæ orationis caput eſt, de cuius potiſſimùm interpretatione nunc agemus. Nudam enim vocem apud Iuſtinianum intelligo, non quæ ſuis deſtituta ſit ſollennitatibus, quas etiam nuncupatiuum teſtamentum requirit, de quibus *in l. in teſtamentis 26. cod. titul.* ſed quæ careat ſcriptura, nec aliter quàm per teſtes probari poſſit: in quo valdè imprudenter errauit Accurſius, qui eorum verborum hunc ſenſum eſſe putat, vt ne quidem nudum nomen heredis velit ſibi adrogare Imperator ex teſtamento minùs ſollenni. Nec enim nudum nomen dixit Imper. ſed nomen heredis ex nuda voce. Itaque ſiue proponeretur Imperator ſcriptus in legitimis quidem tabulis, ſed tamen litis cauſa, ſiue non litis quidem cauſa, ſed tamen in tabulis non legitimè factis, ſiue denique inſtitutus nuda voce teſtatoris, id eſt extra tabulas & per nuncupationem ſiue perfectam, ſiue imperfectam, Nolebat optimus Imperator quicquã lucri & commodi ex eiuſmodi inſtitutione obtinere, præſertim quod ad ius & nomen heredis pertineret. Nam de legatis & fideicommiſſis extra teſtamentum relictis eadem oratio poſteà cauebat iis verbis, *Neque ex vlla ſcriptura, cui iuris authoritas deſit, aliquid adepturum.* Cùm enim de teſtamento, & hereditate iam locuta eſſet oratio, & omnes caſus comprehendiſſet quibus poterat Imperatori hereditas in teſtamento dari, reliquum erat vt de legatis quoque ac fideicommiſſis ſeparatim & extra tabulas relictis aliquid adderet. Nec probabile eſt quod idem Accurſius noſter ſupradicta verba interpretatur de teſtamento minùs ſollenni, & in quo aliquid deſit ex ſollennibus. De teſtamento enim tam in ſcriptis, quàm nuncupatiuo, & tam perfecto, quàm imperfecto iam ſatis dictum erat in præcedentibus, nec potuit quicquam adiici citra inſulſam repétitionem. Dicendum potiùs eſt iis verbis ſignificari, codicillos, epiſtolas, & alias eiuſmodi ſcripturas quæ iuris authoritatem nullam habent & per quas tamen fideicommiſſa ſaltem relinqui poſſe non ambigitur. Certum námque eſt & in confeſſo, ius illud aliquando obtinuiſſe vt Principes neque ex codicillis, neque ex epiſtolis fideicommiſſa admitterent vt conſtat *ex l. 2. C. Theod. de teſtam. & codicill.* Quod tamen quantum ad codicillos pertinet, de iis accipiendum videtur, qui ab inteſtato facti ſint, non de iis qui ex teſtamento: Qui enim ſiue anteriore, ſiue poſteriore teſtamento confirmati ſunt, non

carent iuris authoritate, cùm ſequantur ius teſtamenti à quo pendent *l. 3. §. vlt. l. ab inteſtato 16. in fin. iunct. l. 2. §. codicillorum D. de iur. codicill.* Proinde quemadmodum teſtatori cuilibet ſemper licuit hereditatem Imperatori relinquere teſtamento in ſcriptis, & ſollenniter condito, *l. ſi quis Imperatorem 6. & ſeq. C. qui teſtam. facer. poſſ. l. ex imperfecto 3. l. non dubium 16. C. de teſtam.* Ita nec dubitandum eſt quin & legata & fideicommiſſa perinde licuerit relinquere Imperatori in codicillis teſtamento confirmatis, cùm perinde habeantur illa acſi in ipſo ſollenni teſtamento relicta eſſent *d. §. codicillorum l. ſi ita ſcripſero 38. D. de condic. & demonſtr.* In eóque minor ſanè fuit poteſtas codicillorum ab inteſtato ſcriptorum, qui ſicut ex nullo teſtamento pendêre poſſunt, ita neque iuris authoritatem vllam habent, vt & Iuſtinianus noſter fatetur *in Inſtit. titul. De codicill.* Vnde etiam eſt quod legata in iis relinqui nulla poſſunt quomodo poſſent in codicillis teſtamento confirmatis *l. vlt. D. de iur. codicill.* ſed fideicommiſſa duntaxat *l. illud 3. §. tractari eod. titul.* Vulgo tamen creditum eſt, & quod magis miror ab ipſo etiam Iacob. Cuiacio *lib. 5. Obſer. cap. 7.* paullatim derogatum eſſe huic iuri quod Pertinacis oratio primùm induxerat & ex poſteriore Imperatoris Valentis conſtitutione quæ extat *in l. cùm heredes 7. C. qui teſtam. facer. poſſ.* cœpiſſe tandem obtinere vt ex codicillis quoque & fideicommiſſariis epiſtolis Imperatori relinqui poſſet, quod & ſequentes Imperatores Gratianus, Valentinianus, & Theodoſius confirmaſſe videntur *in d. l. non dubium 16. C. de teſtam.* Mihi tamen aliud iudicium eſt, qui video *in d. l. cùm heredes*, non de quibuſlibet codicillis & epiſtolis fideicommiſſariis agi, ſed cum adiectione illa quam nemo obſeruat *iure ſcriptis*. Quæ adiectio oſtendit eam conſtitutionem ad illos tantùm codicillos pertinere qui & ſcripti ſint, & iure ſcripti, vt intelligamus excluſos eos, qui vel per nuncupationem ac ſine ſcriptura facti ſunt, licèt teſtamento confirmati proponantur, (quorum tamen vſus incognitus fuiſſe videtur ante aliam Theodoſij conſtitutionem quæ extat *in l. vlt. in fin. C. de codicill.*) vel per ſcripturam quidem ſed non iure, id eſt ab inteſtato. Nam ſi ex teſtamento nuncupatiuo quod per ſeptem teſtes idoneos & rogatos probatum eſſet, nolebāt Imperatores hereditatem conſequi; multò minùs credibile eſt voluiſſe illos legata & fideicommiſſa petere ex codicillis per nuncupationem factis, tametſi quinque teſtium fide munitis. Ne alioqui plus ponderis & momenti viderentur tribuere codicillis nuncupatiuis quàm teſtamento nuncupatiuo, maioréque fidē quinque teſtibus, quàm ſeptē adhibere. Sed & quod in eadē lege additur de fideicōmiſſariis epiſtolis hoc ipſum probat euidentiùs. Nec enim fideicōmiſſarię epiſtolę olim exigebant numerū quinque teſtium, vt neque codicilli ante conſtitutionē Theodoſij *in d. l. vlt. C. de codicil.* ſi modò fides epiſtolæ conſtaret, neque erat neceſſe adhiberi teſtes, niſi ſi quādo fideicōmiſſum nuda voce, vel etiā nutu relictū eſſet. Qui ſenſus eſt *l. & in epiſtola 22.* in illis verbis *adhibitis teſtibus C. de fideic.* iunct. *l. nutu 21. de legat. 3.* vt alibi docuimus. Iam verò quod pertinet ad *d. l. non dubium 16. C. de teſtam.* cùm promiſcuè loquatur illa tam de hereditate quàm de legato, & tā de legato, quàm de fideicōmiſſo, non aliam vtique interpretationē recipere poteſt, quàm quæ vniformiter & hereditati, & legatis & fideicōmiſſis cōueniat. Igitur quemadmodū ad eas hereditates nō pertinet quæ nuda teſtatoris voce, id eſt per nuncupationem quantumuis ſollennem relictæ ſint, ita neque ad legata, quæ relicta fuerint in codicillis per nuncupa-

tionem

Digitized by Google

tionem factis quamuis ſollenni teſtamento quod etiam in ſcriptis præceſſerit aut ſubſecutum ſit confirmatis. Ergo ad ea tantùm legata quæ data ſint in codicillis,& ſcriptis, & confirmatis eo teſtamento quod in ſcriptis quoq; factum fuerit. Non ergo ad codicillos ab inteſtato factos, in quibus cùm legata relinqui non poſſint,licèt fideicommiſſa poſſint,conſequens eſt,vt cõſtitutio quæ vt dixi de legatis æquè ac de fideicommiſſis loquitur, non pleniùs accipi debeat circa fideicommiſſa quàm circa legata, ac proinde vt non magis pertineat ad fideicommiſſa in codicillis ab inteſtato factis data,quàm ad legata quę in eiuſmodi codicillis relinqui nullo modo poſſunt. Illam igitur Pertinacis Imperatoris mentem fuiſſe fatendum eſt, vt neque hereditatem capere Imperator poſſit ex teſtamẽto ſiue nuncupatiuo etiam perfecto, ſiue in ſcriptis imperfecto, neque legata aut fideicommiſſa ex aliis codicillis aut epiſtolis fideicommiſſariis quàm iure ſcriptis, id eſt per teſtamentum in ſcriptis factum confirmatis. Scripturam enim neceſſariam eſſe voluit bonus Imperator, vt condicionem ſuam deteriorem faceret quàm cæterorum, Ne ſi aliquid caperet ex ea voluntate,quę non niſi per teſtes probaretur,quãtumuis eſſet ſollennis,inuidiæ materiam ea res daret, quaſi captato lucro ex falſis teſtibus, quos veriſimile eſſet vt blandirentur Principi in aliorum iniuriam eiuſmodi voluntatem commentos fuiſſe. Adeò facile eſt fraudem & falſum comminiſci ea in re quæ lubrico fidei teſtium committatur, nec ſcripturam vllam habeat. Quòd ſi adſit ſcriptura teſtamenti aliqua indubitatę quidem fidei, ſed quæ tamen minùs legitimè facta ſit,æquè inuerecundum viſum eſt ex tali ſcriptura hereditatem conſequi Imperatorem, quam nemo alius conſequi poſſet. Ne imperio & poteſtate ſua nimis abuti videretur ſi non legibus viueret,tametſi legibus ſolutus ſit *d.l.ex imperfecto l.ex imperfecto 23.de leg.* Illud verò prorſus inuidioſum ſi litis cauſa heredem ſe inſtitui patiatur, licèt in eo teſtamento quod & in ſcriptis conditum & ſuis omnibus ſollennitatibus munitum proponatur. *l.penult.D.de hered.inſt.* Qui locus cùm oſtendat iam ante Pertinacis tempora id obtinuiſſe,vt Imperator inſtitui litis cauſa non poſſet,cúmque Imp.Pertinax ius illud non modò cõfirmare,ſed etiam augere voluerit, Non poſſum intelligere quid ſit quod à Iuſtiniano ſcriptum legimus *in d.§.vlt.quib.mod.teſtam.infirm.* Pertinacem oratione ſua expreſſiſſe, Non admiſſurum ſe hereditatem eius qui litis cauſa Principem reliquerit heredem, neque tabulas non legitimè factas in quibus ipſe ob eam cauſam inſtitutus erat, probaturum. Quid enim attinebat addere de tabulis non legitimè factis,in quibus Imperator litis tantùm cauſa inſtitutus eſſet, ſi neque ex iis quæ legitimè factæ eſſent hereditatem ſibi litis cauſa delatam vindicare vellet? Nam de iis vtique quarum ſollennitati nihil deſit,accipienda eſt prior pars orationis expreſſa iis verbis: *non admiſſurum ſe hereditatẽ eius qui litis cauſa Principem reliquerit heredem,* ſicut & quod ſcriptum eſt *in d.l.penult. de hered. inſtit.* Alioqui neque magnum quid, & Imperatoria maieſtate dignum eſſet hereditatem litis cauſa delatam omittere, quã nec ſi vellet adire Imperator poſſet ex eo quippe teſtamento quod prætereà nullum ſit & imperfectum, & ex quo proinde nec delata videri poſſit hereditas,quin tantò maior legibus vis fiat *l.delata 151.de verbor.ſignif. d.l.3.C.qui teſtam.facer.poſſ.* Neque rurſus negari poſſet quin eadem ſententia bis expreſſa eſſet ſtultéque repetita ſi quod additur, de non admittendis per Imperatorem tabulis nõ legitimè factis de iis accipi deberet in qui-

bus Imperator ob eandem cauſam id eſt litis tantùm gratia, quemadmodum & Accurſius explicat, inſtitutus eſſet.

ERROR QVARTVS.

De emendatione §. vlt. Inſtit. quib. mod. teſtam. infirm.

QVOD cùm ita ſit, dico irreptitia eſſe delendáque apud Iuſtinianum verba illa *ob eam cauſam*, Vt iis ſublatis ſicuti prior pars orationis de iis tabulis omnino accipienda eſt quæ legitimè quidem factæ ſint, ſed tamen litis cauſa, Ita poſterior de iis accipiatur, quæ non quidem legitimè ac ſollenniter factæ ſint, ſed tamen nec litis cauſa: quas idcirco fauor Imperatoris validas facere poſſe faciliùs videbatur. Eſſet enim minùs odioſus Imperator, qui tabulis nō ſollennibus heres inſtitutus dum ne litis cauſa, hereditatem nihilominus ſibi vindicaret, quàm qui heres fieri vellet ex ſollennibus tabulis quibus non niſi litis cauſa inſtitutus fuiſſet. Hic ſiquidem non modò contra leges, vt ille, peccaret, quibus ſolutum ſe poſſet aut verè, aut ſaltem impunè dicere, ſed etiam contra bonos mores, quos in Principe non ſolùm bonos, ſed etiam optimos eſſe deceret. Idq; eſt quod Paulus ſcribit *in dict. l. penul.* inuidioſum eſſe ſi Imperator litis cauſa inſtituatur. Nec enim calumniæ facultatem ex Principali maieſtate capi oportere, vbi eleganter Baldus noſter notat Plura priuatis permitti quàm Principi, & Principem magis debere quàm alios ab illicitis abſtinere. Et ob id nimirum videtur Pertinax Imperator in ſua illa oratione ordinem hunc tenuiſſe in recenſendis caſibus in quibus omnem ſuccedendi viam ſibi præriperet, vt ab eo inciperet qui minùs dubitationis habere credebatur, deinde progrederetur ad alios difficiliores, & à communi hominum, nedum aliorum Imperatorum ſenſu remotiores. Primus ille caſus eſt nullam penitus habens dubitationem, ſi Imperator inſtituatur litis & calumniæ cauſa in tabulis ſollennibus ac legitimis. Nam & iam antè, vt diximus, id ipſum vel conſtitutum fuerat vel ſaltem receptum *d. l. pen. D. de hered. inſt.* Ne calumniæ infamiam incurreret Imperator ſi ſe à calumniatore & calumniandi animum gerente inſtitui pateretur: Adeò parùm diſtat à calumniatore is, qui calumniæ fauet. Secundus caſus eſt, ſi inſtituatur Imperator non quidem litis & calumniæ cauſa, ſed tamen in tabulis non ſollennibus: quo caſu ſi velit Imperator hereditatē vindicare, nihil quidem fecerit contra bonos mores, ſed tamen vim fecerit legibus, quarum cuſtos potiùs eſſe debeat, nec minùs exemplo quàm imperio. Neque diſtinguo an inſtitutus ſit Imperator in tabulis non legitimè factis ob eam cauſam quòd non legitimè factæ eſſent, cùm teſtator legitimis ſucceſſoribus ſuis fortaſſe infeſtus, quos videbat per teſtamentum ritè factum excludi non poſſe, puta quòd eo loco & tempore copiam teſtium non haberet vt *in l. conficiuntur 8. §. 1. D. de iur. codicill.* futurum tamen ſperaret vt eos excluderet ſi modò Principem relinqueret heredem (quem fortaſſe ſenſum eſſe velis eorum verborum; *ob eam cauſam.*) An verò inſtitutus ſit ob quamlibet aliam cauſam in tabulis non legitimè factis. Nam & ante Pertinacem Imp. Alexander iam id ipſum conſtituerat vt ex imperfecto teſtamento nec

Imperato

Digitized by Google

Imperator hereditatem vindicare poſſet, Non adhibita diſtinctione illa quã ob cauſam in eo teſtamento imperfecto ſcriptus eſſet. Quo magis moueor vt verba illa *ob eam cauſam* quæ diſtinctionem aliquam & reſtrictionem neceſſariò includunt, omnimodo delenda eſſe exiſtimem. Tertius caſus eſt, ſi non in tabulis heres ſcriptus ſit Imperator, ſed nuda teſtatoris voce nuncupatus quamuis teſtibus ſeptem adhibitis, cæteriſque teſtamenti nuncupatiui ſollennibus obſeruatis. Hic verò caſus eſt à quo ius nouum facere Pertinax cœpit. Neque enim antea vnquam obtinuerat vt in teſtamento nuncupatiuo Imperator heres inſtitui prohiberetur: Cùm in hoc non magis legibus quàm bonis moribus vis vlla fiat, ſi ex eo teſtamento Princeps ſuccedat, ex quo poſſet etiam priuatus quilibet ſuccedere. Quid ergo imperatorem mouere potuit vt ita conſtitueret? Vna illa ratio quòd Principem maximè deceat eximere ſe non tantùm à calumnia, ſed etiam ab omni calumniæ ſuſpicione: Poſſit autem facilè ſuſpicio incidere falſi commenti à teſtibus vt fauerent Principi etiam ignoranti. Quod ſi eueniret, innocens quoque Princeps ex teſtium quamuis etiam fortaſſe innocentium facto læderetur. Licèt enim teſtes falſi non ſint, ſufficit tamen vt falſi eſſe poſſint ad hoc ne ex ipſorum teſtimoniis tanquam ſuſpectis aliquid cõſequi debeat Imperator. Itaq; non tantùm ab illicitis hoc caſu Imperator abſtinet, ſed, quod plerunq; prudentis eſt, etiã à licitis, ſolo metu ſuſpicionis ne quid illicitè factum per alios videri poſſit Principe quoq; ignorante. Quartus denique caſus ille eſt, quo Principi aliquid relictũ ſit, non in teſtamento nuncupatiuo, & nuda voce, ſed per ſcripturã, extra teſtamenti tabulas factam, vt hic caſus differat à ſecundo, Per ſcripturam inquã, cui iuris authoritas deſit, id eſt quę nullo iuris vinculo ſuſtineatur. Cuiuſmodi ſint codicilli ab inteſtato facti, itémq; fideicõmiſſariæ epiſtolæ nõ iure, id eſt vt ſuprà interpretati ſumus æquè ab inteſtato ſcriptæ. Tametſi ex eiuſmodi codicillis & epiſtolis fideicommiſſa priuato cuilibet relicta deberentur. In quo ſanè iniuriam ſibi facit Imperator qui iure cõmuni vti recuſat ob hoc ſolùm ne cui iniuriam aliquam inferre velle videatur, Præſertim cùm ſi quid ab Imperatore per tales codicillos aut epiſtolas petitum eſſet, id ille præſtare non recuſaret: Quomodo in Auguſti perſona eueniſſe refert Iuſtinianus initio *dict. tit. Inſt. de codicill.* cùm ad Auguſtũ Lentulus codicillos primus ſcripſiſſet. Quaquã erant codicilli illi teſtamento cõfirmati, vt ibidem Iuſtinianus ait. Nos autem de codicillis ab inteſtato factis nunc loquimur. Cæterùm honeſtius viſum eſt Imperatori Pertinaci, & aliis poſteà ſecutis Imperatoribus, vt ab eiuſmodi fideicommiſſis abſtinerent, nõ tanquã ſuſpectis, qualia ſunt ea quæ nuda voce etiam corã quinque teſtibus relinquuntur, ſed tanquã minùs debitis, cùm non ipſo iure debeantur, ſed tãtùm Prætoris fideicommiſſarij tuitione, qua indigere Cæſarem ad petẽda ea quæ vindicare ſuo iure nequeat, non minùs alienum propemodum ab ipſius maieſtate videatur, quàm ſi legibus vim facere vellet. Nam & vix eſt vt non quodammodo vim faciat legibus qui id petit quod nõ poſſit legitimè ſuum aut ſibi debitum dicere. Non poteſt autem fideicommiſſarius quiſquis ille ſit, legitimè ſuum dicere, aut ſibi debitum id, quod non niſi ex fideicommiſſo debeatur *l. 3. D. ſi vsuſfr. petat.* Et hęc quidem ad Pertinacis orationẽ adnotaſſe ſufficiat. Nunc videamus quid ad eam orationem adiecerit conſtitutio Imperatorum Honorij & Theodoſij *in l. nolumus 20. C. de teſtam.*

ERROR QVINTVS.

Quid noui ad Pertinacis orationem additum ſit per l. nolumus 20. C. de teſtam.

QVÆ ad Pertinacis orationem interpretandam in ſuperioribus attulimus, magnam dubitandi cauſam præbent, Quid noui additum ſit à poſterioribus Imperatoribus, quorum cõſtitutio illa eſt, quæ extat *in l. nolumus* 20. *C. de teſtam.* de cuius ſententia dicere iam aliquid cœpimus. Nam cùm Imperator Pertinax pro ſua verecundia & dignitate caſus omnes oratione ſua complexus eſſet, in quibus vel iuſtum, vel ſaltem honeſtum ſit, Imperatorem à lucris ſiue per teſtamentum, ſiue per codicillos, aut epiſtolas ſibi delatis abſtinere; Difficile videtur dicere quid addi potuerit à poſterioribus qui tam ſanctum piumq́; Pertinacis inſtitutum & propoſitum conſtanter, ne dicam pertinaciter retinere voluerunt. Etſi autem illud ſtatim occurrit, quod dicamus: Caſum illum à poſterioribus Imperatoribus tractari, quo præceſſerit teſtamentum ſollenne & in ſcriptis conditum, & aliud ſecutum ſit per nuncupationem factum coram ſufficienti & ſollenni numero teſtium, qui dicāt Principem nuncupatum heredem fuiſſe, qui caſus à Pertinace prætermiſſus fuiſſe videtur. Si tamen propiùs inſpicias vix eſt vt negare poſſis ad hunc quoque caſum Pertinacis orationem pertinere. Nam ſi tum quoque cùm nullum ſollenne teſtamentum præceſſit, negat tamen Imperator admiſſurum ſe nomen heredis ex nuda voce teſtatoris, id eſt ex nuncupatiuo eius teſtamento quantumuis legitimo, quemadmodum proximo capite interpretati ſumus. Quantò minùs credibile eſt fuiſſe illum ex nuda voce admiſſurum hereditatem, quæ iam alij delata fuerit anteriore teſtamento ſollenniter & in ſcriptis celebrato? An non facilius eſt, vt teſtamentum nuncupatiuum, quod vnicum eſt valeat, & efficax ſit ad deferendam ſiue Principi, ſiue alij qui in eo inſtitutus ſit hereditatem, quàm vt duobus factis teſtamentis priore ſollenni & in ſcriptis, poſteriore verò per nuncupationem poſterius poſſit ſufficere ad rumpendum prius? Aut quomodo poteſt rumpi teſtamentum prius per poſterius, ex quo etiamſi ſolum eſſet, adiri tamen hereditas non poſſet? Illud ſiquidem ad rumpendum prius teſtamentum per poſterius omnino exigitur, vt ex poſteriore aliquis heres eſſe potuerit aliquo caſu, quamuis non ſit neceſſe vt heres aliquis ex eo ſit. *§. poſteriore Inſt. quib. mod. teſtam. infirm.* Sunt qui putent id ipſum à poſterioribus Imperatoribus renouatum fuiſſe quod à Pertinace iam olim fuerat conſtitutum: nec aliud prætereà quicquam inductum. Quam ſententiam Iaſon probauit ſecutus ideò Accurſij interpretationem exiſtimantis hoc vnum ab Imperatoribus cautum eſſe *in d. l. nolumus*, vt teſtamentum prius ſollenne & in ſcriptis non poſſit reuocari per ſubſequens nuncupatiuum non ſollenne, etiam in quo Princeps fuerit inſtitutus. Mouetur autem Iaſon vt ita ſentiat *ex d. §. vltim. Inſt. quib. mod. teſtamen. infirm.* quo moueri potiùs debuerat vt contrà ſentiret, Quaſi interpretanda ſit poſterior conſtitutio ex antiquiore Pertinacis oratione, Quod ſi ita eſſet vtique

inutilis

inutilis & ſuperuacua dici deberet, quę ad antiquiorem nihil noui adderet: Cùm tamen conſtitutionis verba præſeferant conſtitutum eſſe aliquid à poſterioribus Imperatoribus quod antea non obtinebat. Sed & alius Accurſij & Iaſonis eſt, itémque Bartoli ſi quis cum Iaſone & aliis putet Accurſij interpretationem Bartolo placuiſſe, in eo quòd putant Pertinacis orationem, qua parte locuta eſt de voce nuda teſtatoris, ſenſiſſe de teſtamento nuncupatiuo imperfecto minúſque ſollenni, quod tamen non ita eſt. Senſit enim de teſtamento quod non per ſcripturam, ſed per nuncupationem ſine ſcriptura factum ſit, legitimè tamen & perfectè, cùm de tabulis imperfectis minúſque ſollennibus iam cauiſſet, quarum verendum non erat, ne quis diceret minorem eſſe poteſtatem quàm teſtamenti nuncupatiui imperfecti, ad Principem aut alium quemlibet inſtituendum, vt præcedenti capite diſputauimus. Quanquam non tantùm Accurſij, Bartoli, & Iaſonis error ille eſt, ſed cæterorum omnium interpretum, qui putant iſta Honorij & Theodoſij conſtitutione primùm fuiſſe inductum vt Princeps heres inſtitutus in teſtamento nuncupatiuo quantumlibet ſollenni, ſuccedere ex eo non poſſit, præcedente alio ſollenni: Cùm tamen Pertinacis oratione factum id iam fuiſſet, hoc ipſo quod expreſſerat generaliter ſe nomen heredis ex nuda teſtatoris voce non admiſſurum. Alij ſunt, qui exiſtimant nihil noui fuiſſe inductum ea conſtitutione circa Principem, ſed tantùm circa potentes inſtitutos heredes in teſtamento nuncupatiuo poſteriore per quod teſtator prius teſtamẽtum ſollenniter, ac in ſcriptis factum reuocare voluerit. Nec enim de potentibus quicquam expreſſum erat illa Pertinacis oratione. Sed tamen huic interpretationi obſtat, quòd prima, & potiſſima pars legis de Principe tantùm loquitur. Quod verò de potentibus ſub finem legis additur, tralatitiè potiùs & obiter dictũ, quàm ex propoſito ita conſtitutum videri debet, ac in conſequentiam eius ipſius iuris quod in Principe fuerat conſtitutum: Quaſi eadem hac parte ratio eſſe debeat Principis, & virorum præcipua quadam dignitate apud Principem, & poteſtate decoratorum. Sic enim Imperatores *in l. non dubium 16 C. eod. tit. De teſtam.* Non eſſe dubium nec incertum ſicut imperatoribus, ita quolibet dignitate vel poteſtate decoratis viris tam hereditatem, quàm legatum ſeu fideicommiſſum relinqui poſſe. Quod ſi ita eſt, Poterat ergo quod Pertinax in Principe conſtituerat trahi etiam ad potentes iuſta interpretatione, licèt nihil Pertinax de potentibus conſtituiſſet: Et conſequenter ne hac quidem parte nouum ius feciſſe poſteriores Imperatores videri poſſunt: Quanquam non ignoro dici poſſe, à Principe ad potentes viros valere conſecutionem affirmatiuè, ſed non negatiuè, Id eſt poſſe quidem ſicut Imperatoribus, ita & potentibus viris tam hereditatẽ quàm legatum ſeu fideicommiſſum relinqui, quemadmodum ſcriptum eſt *in d. l. non dubium.* Sed non è conuerſo ſimiliter dici poſſe, iis caſibus quibus cautum eſt ne Imperatori quicquam relinqui poſſit, nec potentibus permittendum eſſe vt quicquam ex defuncti hominis voluntate arrogent ſibi, & vindicent. Alioqui dicendum eſſet, neque ex codicillis & epiſtolis ab inteſtato ſcriptis poſſe fideicommiſſum aliquod deberi potentioribus, vt neque Principi poteſt, quòd talibus ſcripturis authoritas iuris deſit vt ſuperiore capite ſcripſimus *ex d. §. vlt. quib. mod. teſtam. infirm. & l. cùm heredes 7. C. qui teſtam. facere poſſ.* Et tamen nullo iuris loco ita ſcriptum eſt: Neque verò eadem ratio fuit conſtituendi eius iuris aduerſus potentiores, quod boni Imperato-

Digitized by Google

res conſtituerant aduerſus ſeipſos, vt etiam à licitis abſtinere cogerentur, dum ne qua violentiæ ſuſpicio ſubeſſet, quomodo ſubeſt ſanè cùm aliquid petitur ex voluntate vltimaquæ non niſi nuda voce teſtata ſit, & quam per teſtes probari ſufficiat, at non ſimiliter cùm fideicommiſſum petitur ex codicillis aut epiſtolis non iure ſcriptis & quibus authoritas tãtũ iuris deeſt & ſollennitas non veritas, vt loquitur *l.ſi veritas 23.C.de fideic.* id eſt ab inteſtato duntaxat factis, non teſtamento aliquo aut anteriore, aut poſteriore confirmatis. Nec enim ſcripturæ quamuis minùs ſollennis tam ſuſpecta eſt fides quàm teſtium etiam ad ſollennem vſque numerum adhibitorum. Tametſi ſcriptura quoque ipſa vt ſit ſollennis ſollennem illum teſtium numerum exigat *l.vlt.C.eod.tit.& §.vlt.inſtit.de fideic.hered.*

ERROR SEXTVS.

Quantum interſit an teſtamentum nuncupatiuum in quo Princeps nominatus eſt faciat iniuriam heredi ſcripto in alio priore teſtamento, an ſucceſſori legitimo.

PVTO ego nihil noui poſteriore iſta conſtitutione inductum eſſe, niſi id ipſum quod conſtitutionis verba euidenter præſeferunt, vt iure ac ſollenniter ſcriptę deficientium & morientium voluntates non conuellantur per poſterius teſtamentum nuncupatiuum in quo Princeps vel quis alius ex potentioribus heres nominatus ſit, nec ſi tota quanta in eo teſtandi genere ſollennitas neceſſaria eſt interuenerit. Nihil enim tale Pertinax Imperator conſtituerat, ſed tantùm negauerat ſe admiſſurum nomen heredis ex nuda voce teſtatoris: Nempe vt legitimis & neceſſariis heredibus faueret, quos hereditate priuari cõtingeret ſi ex teſtamento nuncupatiuo ſuccedere Princeps poſſet. Hũc nãque ſolum finem optimo Imperatori propoſitum fuiſſe, etſi Iuſtinianus non exprimit, conſtat tamen ex Senatuſconſulto quod ad orationem illam factum eſt, aut potiùs ex ipſa oratione, cuius ſi non verba ſaltem ſenſum hunc fuiſſe Capitolinus in Pertinace refert, *legem*, inquit, *tulit vt teſtamenta priora non priùs eſſent irrita, quàm alia perfecta eſſent, néve ob hoc fiſcus aliquando ſuccederet, ipſeque profeſſus eſt nullius ſe aditurum hereditatem quæ aut adulatione alicuius delata eſſet, aut lite perplexa, vt legitimi heredes, & neceſſarij priuarentur.* Ergo ſi factum eſſet prius aliquod teſtamentum, ſiue ſollenne & in ſcriptis, ſiue per nuncupationem & in poſteriore nuncupatiuo inſtitutus eſſet Princeps: Non pertinebat hic caſus ad Pertinacis orationem, cùm neque neceſſariorum, neque legitimorum heredum fauor vllus in eo verſaretur qui per prius teſtamentum, quod valere ſupponimus, iam priuati excluſique inuenirentur. An quod heredum ſcriptorum ſi extranei ſint, minor eſſe fauor debeat quàm legitimorum? Imò maior potiùs eſſe debet, cùm adnexum habeat fauorem teſtamenti, qui maior eſſe ſolet quàm ipſorum etiam liberorum *l.ſi pars 16.D.de inoffi.teſtam.* propter publicam vtilitatem ad quam maximè pertinet, vt ſupremæ hominum voluntates exitum ſortiantur *leg.1.C. de ſacroſanct. eccleſi. leg. vel negare 6.D. teſtament. quemadmodum aperiantur.* Prętermiſſus igitur fuit hic caſus à Pertinace, Quia cùm quis

Digitized by Google

quis duobus factis teſtamentis reuocat prius per poſterius, etſi non aliter reuocare prius velle credendus eſt, quàm ſi poſterius valeat, vt ſcriptus eſt *in l. ſi iure* 18. *de legat.* 3. plerumque tamen id agit vt hereditatem ſcriptis heredibus adimat tanquam indignis & voluntatem ſuam non merentibus, (quãuis non ſit ea voluntas in dubio pręſumenda vt cõcludit Fraciſc. Mantic. *De conſtit. vlt. volunt. li.* 2. *tit. vlt. nu.* 20. poſt Bald. *in l. noſtram n.* 1. *C. de teſtam.*) Hoc verò cùm euenit licèt poſterius teſtamẽtum ipſo iure non valeat, ademptio tamen hereditatis valet, non vt ad legitimos ſucceſſores hereditas perueniat niſi teſtator declarauerit velle ſe decedere inteſtatum, vt *in l. militis* 36. *§. veteranus. D. de teſtam milit. l.* 1. *§. ſi heres D. ſi tabul. teſtam. extab.* Sed vt hereditas etiam inutiliter adempta nec in alium iure tranſlata auferatur ſcriptis heredibus, & fiſco vindicetur, quomodo ſcriptum eſt *in l. heredibus* 4. *C. de his quib. vt indign.* vbi tamen agitur de hereditate adempta in codicillis, in quibus certum eſt non magis adimi quàm dari hereditatem poſſe, nec ſi teſtamento aliquo confirmati proponantur *l. quod per manum* 10. *D. de iur. codicill.* Cùm igitur prioris teſtameti reuocatio in quo extranei fuerant inſtituti nunquam fiat in legitimorum ſucceſſorum iniuriam quibus ſolis fauere aut ſaltem non nocere Pertinax volebat, ſed eorum vel commodo ſi fiſcus ſuccedere aut nolit, aut non poſſit, vel nullo certè damno ſi fiſcus ſuccedat, quandoquidem excluduntur illi non per fiſcum ſed per prius teſtamentum quod extraneos legitimis ſucceſſoribus prætulerat, conſequẽs fuit vt nihil de hoc caſu Pertinax conſtituerit, qui nihil minùs cogitabat quàm vt extraneis heredibus priore teſtamento ſcriptis faueret, ſcilicet quod ad poſteriorem orationis partem. Nam quod ad priorem quæ prohibebat ne teſtamenta priora antè fierent irrita, quàm alia perfecta eſſent, néve ob hoc fiſcus aliquando ſuccederet, ſatis abundéque cõſulebat heredibus priore teſtamẽto inſtitutis: Non tantùm aduerſus eos qui poſteriore inſtituti fuiſſent, contra quos nullo illi egebant auxilio cùm ipſo iure tuti eſſent, Præterquàm ſi in poſteriore inſtituti eſſent ij qui æquè ab inteſtato fuerant ſucceſſuri, quo caſu prius teſtamentum omnimodo rumpebatur, licèt ex poſteriore imperfecto adiri hereditas non poſſet *l.* 2. *D. de iniuſt. rupt. & irrit. facto teſtam. l. hac conſultiſſima* 21. *§. vlt. C. de teſtam.* Sed potiſſimùm contra fiſcum qui ſæpiſſimè vindicabat eo caſu bona excluſis legitimis ſucceſſoribus per ſcriptos heredes & ſcriptis heredibus per indignitatem quæ ex prioris teſtamenti reuocatione quamuis perperam facta bene colligeretur, ſi modò reuocationem ob id factam eſſe conſtaret quòd non putaret teſtator heredes ſcriptos voluntatem ſuam mereri vt *in d. l. heredibus l. cum quidam* 12. *l. cum tabulis* 16. *§. vlt. D. eo. tit. de his quæ vt indign.* quos poſteriores iuris veteris locos nemo obſeruat, quod ego tamen veriſſimum puto ſupradicta Pertinacis oratione correctos eſſe. Fuit enim prima pars orationis non tam in fauorem prioris teſtamenti primò & per ſe quàm in odium fiſci quem priores Imperatores locupletari ex priuatorum damno patiebantur. Poſteriore verò eiuſdem orationis parte non tàm fiſco, aut ſucceſſoribus ſuis, quàm ſibi ipſi bonus Imperator legem dixit: vt oſtenderet quantùm diſtaret ille à Diocletiano, cuius temporibus confiſcabantur, inquit Suetonius, alieniſſimæ hereditates vel exiſtente vno qui diceret audiuiſſe ſe ex defuncto dum viueret heredem ſibi Cęſarem eſſe: Ideóque nec ſenatuſconſultum vllum ad poſteriorem orationis partem factum eſt, ſed tantùm ad priorem: Quòd legem fiſco dicere Principe permiſ-

tente Senatus poſſet. Ipſi verò Principi etiam volenti non poſſet, quando Princeps ſicuti ſupra leges & populum eſt ita & ſuper Senatum,& in eo plenior fuit oratio quàm ſenatuſconſultum quod pauci etiam obſeruant. Cæterùm ſi poſteà orationem & ipſis Pertinacis temporibus contigiſſet prius teſtamentum reuocari per poſterius validum ſiue in ſcriptis & ſollenniter factum,ſiue nuncupatiuum in quo Princeps fuiſſet inſtitutus, non recuſaſſet Imperator admittere nomen heredis etiam ex nuda voce teſtatoris, ſi non aliam mentem gerebat quàm quæ ſupradictis ſiue Iuſtiniani,ſiue Capitolini verbis expreſſa eſt, cùm in hoc caſu neque odium ſiſci vllum ſit cui nulla ad ſucceſſionem patet via, quoties aditur hereditas ex poſteriore teſtamento,neque fauor vllus aut legitimorum heredum qui per vtrũq; teſtamẽtum excluſi ſunt, Aut inſtitutorum in priore teſtamento quod reuocatum per poſterius fuit. Hoc verò eſt quod poſteriores Imperatores aliqua emendatione ac nouo iure indigere putarunt, Ne minùs liberales quàm Pertinax, fuiſſe viderentur. Itaque conſtituerunt vt ſi poſterius teſtamentum non per ſcripturam probetur,ſed tantùm per teſtes qui dicant Principem in poſteriore illo heredem nuncupatum fuiſſe,quamuis nihil deſit nuncupationi ex ſollennibus,nimirum quòd & ſeptem teſtes adhibiti fuerint,& omnes ciues Romani puberes & rogati: Non idcirco tamen prius teſtamentum ſollenniter ac iure factũ cõuellatur,quod conuelleretur vtique alio quolibet extra Principem,aut aliquem ex potentioribus herede nuncupato, ſed perinde ſuccedant ij qui priore teſtamento ſcripti fuerant,acſi poſterius nullum factum eſſet,nec ob id quod Princeps ex eiuſmodi teſtamento nuncupatiuo nolit ſuccedere,locus vllus fiſco aperiatur,quaſi indignis habendis heredibus priore teſtamento ſcriptis qui ſupremam non retinuerint defuncti voluntatem. Facit enim conſtitutionis authoritas vt poſterioris illius voluntatis ex qua indignitatis probationem ſumere fiſcus vellet,nulla prorſus ratio haberi debeat,cùm nec allegatio eius permittatur,tanquam quæ pro falſa potiùs habenda ſit, Præſumptione vt noſtri loquuntur iuris & de iure contra quã nulla probatio admitti poſſit. Si quidem omnibus & priuatis & militãtibus lex interdicit,ne huiuſmodi perhibeant teſtimonia,& falſi criminis reos teneri eos vult,qui cùm ſcriptę iure ac ſollenniter extiterint morientium voluntates,non ſcriptum aliquid ſub Imperatorum mentione falsò aſtruere moliãtur,vt habent verba legis. Ex quibus apparet, non ſolo falſitatis metu aut ſuſpicionis calumniæ motos fuiſſe Imperatores vt nouum hoc ius conſtituerent, ſed potiſſimùm fauore tuendi prioris teſtamenti ſollenniter conditi. Bis enim ratio hæc ab Imperatoribus expreſſa eſt. Primùm quidem initio legis,quæ ait, *nolumus conuelli deficientium ſcriptas iure ac ſollenniter voluntates.* Deinde illo etiam loco, *ſi cùm ſcripta iure ac ſollenniter deficientium extiterint voluntates*, Ne poſſimus dubitare Nolle illos locum eſſe conſtitutioni,ſi fortè prius teſtamentum non per ſollennem ſcripturam,ſed tantùm per nuncupationem quantumuis ſollennem factum proponatur,quamuis interpretes noſtri, ipſo etiam teſte Iaſone contrà ſentiant. Alioqui non erat cur de voluntatibus ſollenniter ac iure ſcriptis loquerentur Imperatores ſi ius idem in nuncupatiuis quoque obtinere volebant: Non quòd difficilius ſit vt corrumpantur teſtes ad probandum teſtamentum poſterius nuncupatiuum in fauorem & adulationem Principis aut alicuius ex poſterioribus qui in eo inſtitutus fuiſſe dicatur,ſed quia minùs inciuile ſit

rumpi

rumpi faciliùs teſtamentum nuncupatiuum prius,in quo vel nulla vel ſaltem minor ſollennitatum obſeruatio interuenerit. Cui conſequens eſt vt negari non poſſit fauorabilius & aduerſus periculum reuocationis potentius eſſe teſtamentum quod iure ac ſollenniter in ſcriptis factum eſt,quàm quod per nuncupationem,ob idq; tantò difficiliorem eſſe illius, quàm huiusreuocationem. Hactenus ſaltem, vt ex poſteriore nuncupatiuo ſuccedere Princeps non poſſit, Quaſi priore quod in ſcriptis conditum fuerat reuocato: quod vtique non ambigeretur eſſe reuocatum ſi per nuncupationem factum fuiſſet. Addamus eodem propemodum exemplo,in hoc quoque difficiliorem eſſe reuocationem prioris teſtamēti quod per ſcripturam ſollennem,quàm eius quod per nuncupationem conditum ſit,vt prioris teſtamenti in ſcriptis facti mentionem expreſſam fieri oporteat in poſteriore nuncupatiuo ad hoc vt prius ſollenne per nuncupatiuum ipſo iure rumpatur,quod tamen neceſſe non eſſet, ſi vel prius teſtamentum per nuncupationem factum eſſet, vel poſterius æquè ſollenniter per ſcripturam, Quemadmodum ſecundo huius Decadis capite pluribus à nobis diſputatum,probatumq; eſt. Eiúſque rei argumēto eſſe poteſt illa ipſa Pertinacis oratio, Non tantùm qua parte loquitur de prioribus,& poſterioribus tabulis prohibens ne aliter irritæ ſint priores,quàm ſi poſteriores iure perfectæ ſint,ſed etiam qua partte fiſcum excludit,ne ob id poſſit ſuccedere quòd teſtator ea mēte fuerit vt priores tabulas reuocaret per poſteriores. Certum enim eſt nō ob id ſolùm poſſe fiſcū ſuccedere quod teſtator aliud teſtamentum facere voluerit,nec perfecerit,ſi nō etiam illud concurrat,vt prius teſtamentum expreſſim reuocatum voluerit odio heredum in eo inſtitutorū vt *in d.l.heredibus 4.C.de his quib.vt indign.d.l.cùm quidam 12.l.cùm tabulis 16.§.vlt.D. eod.* Alioqui non poteſt nocere heredibus in priore ſcriptis quod teſtator aliud facere tentauerit,cùm in dubio ea teſtatoris cuiuſlibet voluntas eſſe præſumatur, vt non aliter à priore velit recedere quàm ſi poſterius valeat vt ſcriptum eſt in *dict. l.ſi iure* 18. *de legat.* 3.Nam quod dicimus ex natura rei eſſe vt prius teſtamentum ipſo iure rumpatur per poſterius,eo demum caſu obtinet quo poſterius valeat,quia nemo poteſt decedere cum duobus teſtamentis, nec ſi eadem perſona in vtroque teſtamento ſit inſtituta *l. Clodius 97.D.de acquir.hered.* Aut eo caſu quo in poſteriore teſtamēto inſtituti ſint venientes ab inteſtato *d.l.2.De iniuſt.rupt.* At nos negamus valere teſtamentum nuncupatiuum poſterius in quo nulla ſit facta mentio prioris ſollēniter, & in ſcriptis celebrati.Et ex eo quod tùm quoque cùm poſterius teſtamentum æquè ſollenne & in ſcriptis erat prioris mentio fieri ſolebat *vt in l.vlt.D.de hered.inſtit.*ne dubitari poſſet, quin non minùs ex teſtatoris voluntate quàm ex natura rei prius reuocatum eſſet,colligimus,multò magis ſolitos fuiſſe ac debuiſſe teſtatores mentionem facere prioris ſollenniter conditi ſi quando reuocare illud vellent per poſterius nuncupatiuum:Quamuis alioqui neceſſe id non eſſet ſi vtrumque teſtamentum eiuſdem eſſet generis,hoc eſt,vel vtrumque nuncupatiuum,vel vtrumque in ſcriptis.

Digitized by Google

ERROR SEPTIMVS.

Quid noui pro legitimis ſucceſſoribus conſtitutum ſit in d.l.nolumus.

SI verum eſt, vt eſt, quod proximè diſputauimus, Pertinacis orationem de qua *in §.vlt.Inſtit.quib.mod.teſtam.infirm.* qua parte profeſſus eſt ſe ex nuda teſtatoris voce nomen heredis non admiſſurum, Accipiendá eſſe de teſtamento nuncupatiuo ritè facto, in quo Princeps fuerit inſtitutus, Imperatorum verò cōſtitutionem quæ extat *in l. nolumus* 20. *C.de teſtam.* ad eum ſolum caſum reſtringendam, quo teſtamentum aliquod præceſſerit ſollenniter & in ſcriptis celebratum. Difficilius videtur intelligere quid noui ferat noua conſtitutio circa legitimos defuncti ſucceſſores, de quibus tamen loqui Imperatores apertius ſanè eſt, quàm vt negari poſſit. Ex iis verbis: *Nemo itaque relictus heres, vel legibus ad ſucceſſionem vocatus noſtrum vel potentium nomen horreſcat.* Quorum non videtur alius ſenſus eſſe poſſe, quàm vt poſterius teſtamentum nuncupatiuum, in quo vel Princeps vel alius quiſpiam ex potentioribus heres inſtitutus ſit, ſicuti non poſſet tollere & conuellere prius quod ſollenniter & in ſcriptis conditum inueniretur, ita nec ſi ſit vnicum, poſſit ius lædere legitimorum heredum, qui ſi nullum factum eſſet teſtamentum, vtique ſuo iure & ab inteſtato eſſent ſucceſſuri. Difficultatis materiam illud præbet, quòd cùm aliquod præceſſit teſtamentum, de quo dubitari non poſſit quin ritè factum ſit, ſiue in ſcriptis, ſiue per nuncupationem, nullus quæſtioni locus ſupereſſe videatur De legitimis ſucceſſoribus per poſterius teſtamētum, quod ſolis teſtibus probetur, vel excludendis vel non excludendis. Siquidem remoto quoque poſteriore teſtamento, ſupereſt tamen prius quod impedit ne qua legitimis heredibus ad ſuccedendum ab inteſtato via relinquatur. Proinde ſolis heredibus teſtamentariis priore teſtamento ſollenniter ſcriptis ea conſtitutio fauere potuit, & debuit non etiam legitimis ſucceſſoribus qui prioris, eiúſq; ſollenniter ſcriptæ voluntatis fauorem nullum poſſunt obtendere. Quod ſi dicas cum Caſtrenſi, Iaſone, ac cæteris, non minorem vrgere rationem pro legitimis defuncti heredibus, quàm pro iis qui priore aliquo teſtamento ſollenniter ſcripti proponantur, cùm legitimi heredes pro ſe habeant & expreſſam voluntatem legis & tacitum iudicium defuncti quaſi tacitè ab eo inſtituti *l. 3. §.1.l.conficiuntur 8.D.de iur.codicill.l. ab exheredati 126. De legat.* I. Non ideò tamen facies, vt noua conſtitutio, quæ ſolis heredibus ſcriptis fauere voluit ad legitimos quoque ſucceſſores extendi debeat, ſiue quòd cōſtitutiones correctoriæ, & ob id odioſæ reſtringendæ ſint potiùs quàm per interpretationem ampliandæ, tum quoq; cùm fauorabiles eſſe exiſtimantur, Siue potiùs, quòd nullus legitimorum ſucceſſorum fauor eſſe poſſit aut debeat contra teſtamentum ritè factum, ſiue ſollenne & in ſcriptis illud ſit, ſiue nuncupatiuum, Niſi cùm heredes qui ſe legitimos dicunt, habent pro ſe aliquam, eámque expreſſam ſi non perfectam defuncti voluntatem vt *in l.2. D.de inuſt.rupt.& irrit.fact.teſtam l.hac conſultiſſima 21.§.vlt.C.de teſtam.* Ac rurſum faceret hæc interpretatio vt nihil noui quantum ad legitimos ſucceſſores inductum dici poſſet ab Imperatoribus poſterioribus, quod non iam multò antè tempore Pertinacis oratio induxiſſet

ſet. Profeſſus enim erat Pertinax, ſe non admiſſurum nomen heredis ex nuda voce teſtatoris: Non alia de cauſa quàm vt legitimis ſucceſſoribus faueret, quos alioquin eiuſmodi teſtamento nuncupatiuo priuari ſucceſſione contingeret. His nimirum dubitandi rationibus victus Baldus noſter, quem & Alexander ſecutus eſt, dixit abundare diſiunctionem *vel* in ſupradictis illis verbis *Nemo itaque relictus heres vel legibus ad ſucceſſionem vocatus*, vt ea ſublata ſuperſit ſola mentio heredis ſcripti, eiuſdémque legibus, id eſt ex legitimo teſtamento ad ſucceſſionem vocati. Quam in rem tamen erat commodius dicere ſumendam diſiunctionem pro coniunctione, addendúmque hoc exẽplum ad cætera, de quibus *in l. ſæpe 53. D. de verb. ſignific. & ad l. pen. C. eod.* Nec rurſus vllo alio iuris loco ſic prudentes aut Imperatores locutos videas, vt legibus ad ſucceſſionem vocatum dicant cum, qui non niſi ex teſtamento vocatus ſit, quia licèt teſtamentariæ quoque hereditates perinde ac legitimæ confirmẽtur per legem 12. tab. *l. lege obuenire 130. de verb. ſignific.* Attamen cùm de hereditate ex legibus delata ſimpliciter loquimur, legitimã intelligimus quæ opponi ſolet teſtamentariæ, Tantum abeſt vt teſtamentariam quoque comprehendat, Et quod magis eſt hereditatem quæ ad nos ex lege duodecim tabularũ pertinet, Caius *in l. 1. D. de petit. hered.* opponit ei, quæ ad nos pertineat ex teſtamento quod iure factum ſit, Quaſi ex legibus eæ demùm hereditates deferri dicendæ ſint, quę ex ſolis legibus deferuntur, non etiam quę ex defuncti voluntate. Has enim non tam lex defert, quàm confirmat delatas à teſtatore. Quare nec in hac opinione Baldus conquieſcit, ſed ad aliam refugiẽs interpretationem, ait ſupradicta verba ſic accipi debere vt ad ius prætorium referantur, & ad bonorum poſſeſſionem ſecũdùm tabulas, quam prætor heredibus ſcriptis accommodat ſi modò ſeptem teſtium ſignis ſint ſignatæ *l. 1. & paſſ. D. de bonor. poſſ. ſec. tab.* Omnino improbabiliter. Eſt enim multò durius & à prudẽtum omnium ſenſu alienius, vt ex legibus ad ſucceſſionem aliquam vocari dicatur is, qui vocatur ex iuriſdictione & authoritate Prætoris, cùm Prætor ius quidem facere potuerit, ſed legem non potuerit, ideóque nec heredem *§. quos autem Inſt. de bonor. poſſeſ.* qui locus probat hoc amplius: Non ſolùm legem fieri à prætore non potuiſſe, ſed neque legi ſimilem aliquam conſtitutionem. Et quamuis Prætor nonnunquam det bonorum poſſeſſionem ex legibus *l. vnic. D. vt ex legib. & ſenatuſc. bonor. poſſ. det.* alia tamen illa poſſeſſio eſt quàm quę ex edicto prætoris defertur ſecundùm tabulas, vt alibi ſcripſimus. Exploſa igitur vtraque Baldi interpretatione, fatẽdum eſt quod initio præfati ſumus, difficile eſſe dicere quid noui conſtitutum ſit ab Imperatoribus in *d. l. nolumus*, circa legitimos ſucceſſores. Auget dubitationem, quòd generaliter ſcriptum eſt *in l. cùm heredes 7. C. qui teſtam. facer. poſſ.* Cùm heredes inſtituuntur Imperator ſeu Auguſta, ius commune illos cum cæteris habere, Itémque quod *in l. nõ dubium 16. C. de teſtam.* Non dubium nec incertum eſſe, & Imperatoribus, & qualibet dignitate ſiue poteſtate decoratis viris tam hereditatem, quàm legatum ſeu fideicommiſſum relinqui poſſe. Durum enim ſanè videtur adeò generales & indiſtinctè loquentes leges ad eum caſum reſtringere, quo Imperator inſtitutus ſit heres in teſtamẽto ſollenniter ſcripto ad excluſionem teſtamenti nuncupatiui, quod tamen perinde verè ac propriè teſtamentum & eſt, & dicitur, atque illud quod in ſcriptis factum fuit. Atque ita ratiocinatur Iaſ. *ad d. l. nolumus*, dubius tamen & hæſitans miſer quid tandem ſentire ac concludere debeat, an pro Impe-

Digitized by Google

ratore contra legitimos ſucceſſores vt in eorum excluſionem poſſit heres inſtitui etiam per nuncupationem, An potiùs pro legitimis ſucceſſoribus, ne aliter quàm in ſcriptis inſtitui poſſit ad eos excludendos vt neque ad excludẽdum heredem priore teſtamento ſollenniter ſcriptum. Sed error Iaſonis & cæterorum hac parte in eo eſt, quod putant Pertinacis oratione aliud nihil factum eſſe niſi vt ex teſtamento imperfecto minúſque ſollenni, nec hereditatem, nec quicquam aliud capere Imperator poſſit, Cùm tamen verba ipſa orationis apertiſſimè ſonent, neque ex perfecto teſtamento nuncupatiuo quod nuda teſtatoris voce ſubſiſtat nec ſollenni ſcriptura munitum ſit, neque ex ſcriptura aliqua cui iuris authoritas deſit, id eſt ex codicillis aut epiſtolis fideicommiſſariis teſtamento non confirmatis capere Imperatorem quicquam debere, quemadmodum ſuprà interpretati ſumus.

ERROR OCTAVVS.

Cur de legitimis heredibus locuti ſint Impp. in d.l.nolumus.

NIhílne igitur noui à poſterioribus Imperatoribus inductum eſt *in dict.l.nolumus*, quãtum ad legitimos ſucceſſores, de quibus tamen nominatim lex loquitur? Tentabam aliquando an dici poſſet, Eo quoque caſu quo teſtamentum ſollenne ac in ſcriptis præceſſerit, etiam in quo alij quàm venientes ab inteſtato ſcripti ſint, debuiſſe tamen fieri mentionem legitimi heredis, & conſtitui vt non magis legitimus, quàm ſcriptus heres, Imperatoris aut alterius potentioris poſteriore nuncupatiuo teſtamento inſtituti nomen horreſceret, Nempe quoniam fieri poteſt, & fit plerunque vt priore teſtamento quantumuis ſollenni heredes ſcripti, quibus teſtator hereditatem poſteriore alio imperfecto ademptam voluit, hereditatem retinere nõ poſſint, ſicuti nec voluntatem teſtatoris retinuerunt: Quod cùm euenit ſolet ea res locum facere, non venientibus ab inteſtato, niſi ponas fuiſſe illos poſteriore teſtamento inſtitutos, Quo caſu prius teſtamentum tametſi perfectum per poſterius etiam imperfectum rumpi conſtat *d.l.2.D.de iniuſt.rupt.* Sed fiſco qui auffert hereditatem ſcriptis heredibus tanquam indignis *l.cùm quidam 12.l.cùm tabulis 16.§.vlt.D.de his quæ vt indign.l.heredibus 4.C.eod.* Quòd ſi fiſcus non ſuccederet, vtique neceſſe eſſet hereditatem redire ad legitimos ſucceſſores quibus per prius teſtamentum ablata fuiſſet. Excluſis enim heredibus priore teſtamento ſcriptis velut indignis, alterutrum euenire neceſſe eſt, vt hereditas vel ad fiſcum vel ad legitimos ſucceſſores deuoluatur. Videamus ergo an ea Imperatorum ſententia ſit, vt ſi is qui priore teſtamento ſollenniter in ſcriptis condito extraneum heredẽ ſcripſerat in poſteriore nũcupatiuo quãtumlibet perfecto Principem aut aliquem ex potentioribus inſtituerit, ea de cauſa quòd heredi priùs ſcripto tanquã indigno hereditatem omnimodo adẽptã vellet, Legitimus ſucceſſor debeat eſſe potior, nõ tãtùm ſcripto herede ſed etiã fiſco, atq; ita omni caſu ſucceſſio pertineat, vel ad ſcriptũ heredẽ, ſi teſtator ad aliud teſtamentũ venerit nõ tã odio ante ſcripti heredis, quàm fauore Principis, aut alterius potentioris in eo inſtituti: Vel ad legitimũ ſucceſſorẽ ſi heredẽ ſcriptũ teſtator habuerit pro indigno. In ſumma cùm

Cùm quiſquis teſtamento ritè condito aliud facit teſtamentũ, ea mẽte ita faciat vt hereditatẽ priùs ſcripto heredi adimat, vel in omnem caſum id eſt ſiue ex poſteriore teſtamento adeatur hereditas, ſiue non adeatur, Vel in eum ſaltem euentum quo ex poſteriore adiri hereditas poſſit (quæ mens in dubio magis præſumenda eſt *l. ſi iure* 18. *De legat.* 3.) videntur Imperatores voluiſſe vt omni caſu non modò Princeps, ſed etiam fiſcus excludatur. Sed vno caſu in fauorem ſcripti heredis, cuius nullo odio motus fuerit teſtator ad aliud teſtamentum faciendum: Alio autem in fauorem legitimi ſucceſſoris ad quem ſolum poſſit hereditas peruenire excluſo Principe & fiſco propter authoritatem conſtitutionis, Excluſo item ſcripto herede propter indignitatẽ, quæ ex non retenta teſtatoris voluntate inducitur. Verùm ne ſententia hæc probabilis mihi nunc videri poſſit, illud primùm facit, quod nullum in tota conſtitutione verbum eſt de fiſco excludendo, ſed tantùm de Principe, & potẽtiore: Aliud verò eſt de Principe, aliud de fiſco tractare. Nam neque fiſcus tam Principis eſt, quàm reipublicæ, neque cõfundi vnquam debet patrimonium Principis cum patrimonio, & vt loquuntur domanio coronæ & reipublicæ. Eáque diſtinctio exactè obſeruata eſt in ſupradicta Pertinacis Imperatoris oratione, Cuius prior pars ad fiſci, poſterior autem ad ipſius Principis excluſionem pertinet, quemadmodum in præcedentibus ex Iulio Capitolino retulimus. Deinde vt maximè Principis & fiſci nomina & iura confundere quis velit, quod niſi perineptè facere nemo poſſit, Non tamen poteſt huic interpretationi conuenire, quod lex habet de potentiore inſtituto in poſteriori voluntate nuncupatiua. Nam excluſo potentiore illo ne poſſit ex poſteriori teſtamento nuncupatiuo ſuccedere, quid obſecro vetat, quominùs ablata ſcriptis heredibus ſucceſſione tanquã indignis, fiſcus ſuccedat ſuo iure, quomodo anteà in omni caſu ſimili ſuccedebat? Non enim poſſis dicere nihil referre an potentior ſuccedat an fiſcus, vt ab excluſione potentioris ad excluſionem fiſci argumenteris, quemadmodũ poſſet dicere quiſquis ab excluſione Principis ad excluſionem fiſci argumentari vellet, parum intereſſe an fiſcus ſuccedat, an Princeps. Cùm nihil prorſus commune habeat cauſa & ius fiſci cum cauſa & iure potentioris. Alia igitur opus eſſet conſtitutione ad fiſcum excludendum eo ſaltem caſu quo potentior aliquis in poſteriore teſtamento nuncupatiuo heres eſſet inſtitutus. Prætereà cùm expreſſim prohibeant Imperatores ne poſſint audiri teſtes ad probandum teſtamentum nuncupatiuum poſterius in quo vel Princeps vel aliquis ex potentioribus inſtitutus ſit, adeóque vt falſi reos puniri eos velint, qui ea de re teſtimonium ferant, Dico non magis fieri poſſe vt iis fides adhibeatur, ſi dicant teſtatorem habuiſſe pro indigno eum quem priore teſtamento heredem ſcripſerat, quàm ſi teſtificentur heredem poſteriore teſtamento nuncupatũ fuiſſe Principem, aut aliquem ex potentioribus. Quis enim admittat vt vnum & idem vnius teſtis teſtimonium pro parte verum ſit, & pro parte falſum? Aut, quod adhuc difficilius eſt, vt de vno eodémque actu ex parte quis recipiatur in teſtem, & ex parte non recipiatur? Denique nec illud fieri poteſt, vt quo caſu fiſc⁹ aufferret heredi ſcripto hereditatẽ tãquã indigno, poſſit heres legitimus ſuccedere fiſco excluſo. Nam cùm nõ poſſit fiſcus hereditatẽ aufferre ſcripto heredi tãquã indigno, niſi quã heres ille iã ſibi acquiſiuerit per aditionẽ (quo modo enim poſſet heredi ſcripto aufferri & eripi quod ipſe nũquã habuiſſet?

Digitized by Google

Aditio autem facta ex teſtamento nullum legitimæ ſucceſſioni inteſtati locum poſſit relinquere, Prorſus conſequens eſt vt quo caſu fiſcus hereditatem ſcripto heredi velut indigno auferre poſſet, numquam aperiatur via legitimo heredi ad ſuccedendum in ea hereditate à qua ſemel excluſus, in perpetuum excluſus manere debeat. Fateamur ergo quod res eſt, huiuſmodi noua conſtitutione nihil noui inductum eſſe quantum ad legitimos ſucceſſores contra Principem, ſed tamen eorum mentionem ab Imperatoribus factam fuiſſe, vt ſignificarent, Non magis in poſterum ſcripto heredi metuendum eſſe nomen Principis aut potentioris in poſteriore teſtamento nuncupatiuo inſtituti, quàm eſſet antea metuendum legitimo cuilibet ſucceſſori poſt Pertinacis orationem quæ hac de re in fauorem legitimorum heredum lata, iis abundè proſpexerat: Niſi quod Pertinacis oratio non niſi de Principe locuta fuerat, nec quicquam de potentioribus cauerat, contra quos tamen æquiſſimum fuit eandem noui iuris aſperitatem produci, Cùm aduerſus potentiores aulicos longè maior & probabilior præſumptio vrgeat, quàm cōtra Principem, quòd falſos aut ſaltem ſuſpectos teſtes vndique conquiſituri ſint & habituri, ſi modò iis liceat in euerſionem teſtamenti in ſcriptis ſollenniter conditi aut ad excluſionem legitimi ſucceſſoris nuncupatiuum poſterius teſtamentum allegare. Quemadmodum igitur noua hæc Conſtitutio fecit ius nouum quod ad potentiores excludendos pertinet, quos neque Pertinacis oratio, neque aliud ius vllum in eum vſque diem prohibuerat ſuccedere ex teſtamento nuncupatiuo, non ſolùm ſi teſtamentum aliquod ſollenne in ſcriptis, ſed etiam ſi nullum præceſſiſſet, Ita & nouum ius hac parte fieri neceſſe fuit fauore legitimorum heredum quibus nondum aduerſus potentiorū iniuriam vlla lege conſultum erat. Acſi dixiſſent apertiùs Imperatores, nolle ſe vt priore ſollenni teſtamēto ſcripti heredes horreſcant poſthac nomen Principis in poſteriore nuncupatiuo inſtituti, aut alicuius potentioris, ſicut nec legitimus heres poteſt pertimeſcere nomen Principis nuda teſtatoris voce nominati, Poſt orationem ſcilicet Imperatoris Pertinacis, eóque exemplo nec nomen vllius ex potentioribus heredis nuncupati. Nam de potentioribus locuti videntur Imperatores, non tam vt iis ex profeſſo nocerent, quàm in cōſequentiam eius iuris quod contra Principem ipſum inducebatur, ne melioris condicionis eſſent potentiores, quàm Princeps, de quo malè ſi quis ſuſpicetur, is ſacrilego proximus videri poſſit. Quòd ſi nulla ſubſit falſitatis ſuſpicio, puta ſi de teſtatoris voluntate per indubitatam eius ſcripturam cōſtet, ſcripturæ tamen iuris authoritas deſit, fortè quòd codicilli ſint, aut epiſtolæ fideicommiſſariæ nullo teſtamento confirmatæ, Non eadem potentiorum, quę Principis ratio eſſe debebit, cùm nihil ſit hoc caſu quod de potentiorum iniuria ſuſpicari poſſimus. Nec propter ſuſpicionem vllam iniuriæ Pertinax Imperator ſibi ſuiſque ſucceſſoribus ex eiuſmodi ſcripturis quicquam capiēdi facultatem vltrò præripuerit: ſed quia Imperatoria maieſtate dignum putauit, vt qui meri iuris verus & vnicus cuſtos eſt, nihil ex priuati hominis voluntate conſequi poſſit, quod non ipſo iure debeatur, quemadmodum ſcripſimus in præcedentibus.

Quæ ratio in potentiores nullo modo cadit.

***

ERROR

Digitized by Google

ERROR NONVS.

De teſtamento nuncupatiuo per inſtrumentum probato in ſpecie d.l.nolumus.

QVAM multa ſint in quibus à noſtris peccatum eſt circa interpretationem *l.nolumus* 20. *C. de teſtam.* apparet ſatis ex iis quæ hucuſque diximus. Sed nullus grauior, & periculoſior error eſt, quàm qui nunc à nobis proponendus ſupereſt & refutandus. Omnes enim ore vno magis probant, vt ei conſtitutioni nullus ſit locus, ſi is qui priore teſtamento ſollenniter & in ſcriptis condito aliud poſterius fecerit, in eóque vel Principem vel aliquem ex potentioribus heredem nuncupauerit, & notarium adhibuerit per cuius ſcripturam publicam cõſtet de poſteriore, licèt nuncupatiua tantùm teſtatoris voluntate. Mouentur credo, ex verbis legis, quæ ſolum caſum illum complectuntur quo teſtamentum poſterius non fuerit ſcriptum, vt conſtat ex illo loco: *dum quoddam morientis ſupremum & non ſcriptum proceſſiſſe confirmatur arbitrium.* Itémque ex eo quod paullò pòſt ſequitur, *non ſcriptum aliquid ſub noſtrorum nominum mentione falsò adſtruere moliãtur.* Ac quoniam obiici poſſe vident non maiorem poſſe fidem eſſe notarij redigentis teſtamentum nuncupatiuum in ſcripturam publicam, quàm ſeptẽ teſtium in eo teſtamento adhibitorum, quos tamen ea de re teſtimoniũ dicere expreſſim lex prohibet Reſpondent legem magis confidere de notario vt loquuntur, quàm de teſtibus, quòd notarij perſona fidéſque publica ſit, teſtium verò non item. Atque ita faciunt vt tam iuſta, ſanctáque conſtitutio quam fauorabili & benigna interpretatione extendi melius eſſet, inanis propemodum & illuſoria reddatur, Poſtquàm teſtamentorum frequentior ille ritus inualuit vt nec aliter ferè teſtamenta hodie fiant quàm per nuncupationem, Nec per nuncupationem aliter quàm adhibito notario, ne de volũtatis & ſollennitatis fide dubitari poſſit. Neque hanc tantùm conſtitutionem interpretatio iſta euertit penitus, & deſtruit, Sed ipſam quoque Imperatoris optimi Pertinacis orationem, qua parte profeſſus ille fuerat ſe nomen heredis ex nuda teſtatoris voce non admiſſurum. Si enim proponas inſtitutum fuiſſe Principem teſtamento alicuius nuncupatiuo, de quo conſcriptum ſit à notario publicum inſtrumentum, non dubitabunt interpretes adfirmare, potiorem hoc caſu Principis quàm legitimi heredis cauſam eſſe oportere, nec ad hunc caſum Pertinacis orationem pertinere. In quo mihi videtur illi vim facere non tantùm rationi iuris, & ęquitati quę optimos Imperatores mouit, ſed, quod magis miror, verbis ipſis nouæ conſtitutionis. Nam pręter id quod apertiſſimum eſt Imperatores *in d. l. nolumus*, cùm de voluntate non ſcripta loquuntur de ea intelligere non quæ in ſcripturam redacta non ſit, ſed quæ ſollenniter in ſcriptis celebrata non fuerit, vt teſtamentum nuncupatiuũ opponant teſtamento in ſcriptis, Nemo autem neſcit teſtamenta nuncupatiua quæ hodie paſſim per notarios ſcribũtur, nõ eo magis dici poſſe facta in ſcriptis, quia non ad eorum ſubſtantiã ſcriptura pertinet, ſed tantùm ad rei geſtæ perpetuam probationem *l. cõtrahitur* 4. *D. de pignor. l.* 4. *D. de fid. inſtrum.* Me illud etiam maximè mouet, quod ipſa legis verba interpretationem hanc manifeſtiſſimè conuincunt. Quid enim obſecro aliud eſt quod lex ait *nemo ferre teſtimonia in hunc modum, vel ſuſcipere in geſtis huiuſmodi voces audeat*, niſi hoc ipſum quod nos volumus, neq; per teſtes, neq; per ſcripturã probari poſſe hu-

Digitized by Google

iuſmodi voluntatem nuncupatiuam per quam id actum eſſe dicatur vt prius teſtamentum ſollenniter & in ſcriptis conditum euertatur fauore Principis, aut alicuius ex potentioribus inſtituti. Non quòd exiſtimem id genus teſtamentorum quo nunc vtimur, cognitum Imperatoribus fuiſſe vt de eo in hac ſpecie prohibendo cogitare & aliquid decernere debuerint (iam enim probauimus in ſuperioribus, nihil tale vnquam ſiue prudentibus ſiue Imperatoribus in mentem venire potuiſſe) Sed quia cùm ſupradictis verbis ea teſtamenta ſignificentur, quæ apud acta fieri ſolebant, de quibus *in l. omnium 19. C. eod. tit. De teſtam.* & quorum tantus fauor erat vt ſecurus eſſet quiſquis actis cuiuſcunque iudicis vel municipum, mentis ſuæ poſtremum publicaſſet iudicium, quemadmodum ſcriptum eſt *in d. l. omnium*, Dubitari meo iudicio non poteſt, quin id quod apud acta fieri prohibuerunt Imperatores *in d. l. nolumus,* multò magis prohibuerint fieri apud notarium, cuius ſcriptura & fides quantumuis publica, tantæ tamen authoritatis eſſe non poteſt, quantæ ſunt acta iudicialia, ſed tantò minoris, quantò inferior eſt qualitas Notarij, poteſtate iudicis & dignitate. Ac ſanè quid abſurdius dici poteſt, quàm quod volunt interpretes probari per ſcripturam notarij teſtamentum nuncupatiuum illo etiam caſu quo nec per ſeptem integræ fidei & exiſtimationis teſtes probari poſſet? Nam ſi à iuris ratione alienum illud eſt, vt per ſolum notarij inſtrumentum probetur nuncupatio heredis, quam in præſentia ſeptem teſtium factam fuiſſe notarius ſcripſerit, ſi non per eos ipſos teſtes idipſum probetur, ſicuti diſputauimus in præcedentibus, An non illud multò alienius eſt, vt plus fidei ſcripto vnius notarij, quàm ſeptem teſtium dicto adhibeatur? Quid enim aliud poſſit facere ſcriptura notarij, cuiuſcumque tandem authoritatis eam eſſe velis, niſi vt tantùm per ſe ſola probet, quantùm ſimul probarent teſtes omnes in ſcriptura nominati, & qui ad validitatẽ actus adhibendi fuerunt? Id enim eſt quod plerique ex noſtris paſſim iactitãt, Inſtrumenti à notario excepti fidẽ tot æquipollere teſtibus quot in eo actu requiruntur, Quãquam non deſunt interpretes qui dicant inſtrumentum non niſi duobus aut ad ſummum tribus teſtibus æquipollere, De quo tractare ſolent ad *l. vlt. C. de fideic.* Sed vtut ſit, Aequipolleat, ſi voles, inſtrumentũ teſtamenti nuncupatiui ſeptem teſtibus, quia totidem in teſtamento nuncupatiuo adhiberi teſtes debent ad probationem voluntatis & ſollennitatis. Numquam tamen à me impetrabis, vt plus credi debeat vni notario, quàm ſeptem teſtibus qui ſint omni exceptione maiores. Nam etſi de veritate quærendum eſſet, nec dicta teſtium cum notarij ſcripto conſentirent, nemo dubitaret quin maior teſtium quàm notarij fides eſſe deberet, ſaltem poſt inſtitutam ea de cauſa criminalem falſi accuſationem, Vt à nobis tractatum eſt in noſtro Codice *Defin. 15. De teſtib.* Cur ergo credemus notario adfirmanti dictum fuiſſe coram ſeptem teſtibus id quod ſi teſtes ipſi dictum iurarent, nihil tamen proficerent, nec quicquam probarent? Addo, etiamſi teſtes illi omnes Senatores eſſent & Conſulares. Omnes enim omnino perſonas à teſtimonio in huiuſmodi cauſis dicendo excludere voluerunt Imperatores iis verbis *omnibus enim priuatis & militantibus interdicimus, ne huiuſmodi perhibeant teſtimonia.* Quis porrò ferat, quod interpretes volunt, magis legem confidere de notario, cuius perſona vilis, & officium non modò ignobile, ſed etiam infame vulgo eſſe creditur (quamquã ego in hoc quoque pro notariorum exiſtimatione contra interpretes ſentio) quàm de Senatoribus aut Equitibus ſeptem? Et verò cùm tota pu-

Digitized by Google

ta publicorum inſtrumentorum vtilitas in eo conſiſtat vt probationē, quod aiunt probatam faciant, nec ad aliud comparata ſint, Neque tamen probare quicquam poſſint ſine teſtibus, An non fuerit perabſurdum probari per inſtrumentum ea, quæ probari nequeant per eos ipſos teſtes, qui in inſtrumento adhibiti & nominati fuerunt? Denique finge teſtes, quos in teſtamento nuncupatiuo interueniſſe ſcripſit notarius, inſtrumento ſubſcripſiſſe, Quomodo apud pleraſque gentes ſubſcribere omnes neceſſe eſt, ſi modò literas norint, An eo minùs valere inſtrumentum dicemus, vt nuncupationem à teſtatore factam probare non poſſit? Quis verò admittat minoris ob id fidei eſſe inſtrumentum quod ſubſcriptiones teſtium habeat? Atqui vult conſtitutio falſi criminis reos teneri omnes qui tale teſtamentum ſuo teſtimonio voluerint confirmare. Erit igitur inſtrumentum partim verum, partim falſum. Verum ex qua parte ſubſcriptionem habebit notarij, Falſum autem ex qua parte ſubſcriptiones teſtiū, quos lex vſque adeò pro falſariis haberi vult, vt nulla in contrarium probatio admitti poſſit, Vel interpretibus ipſis hoc fatentibus, qui præſumptionem hanc iuris & de iure idcirco eſſe volunt. Ergo nec probatio illa admittenda eſt, quæ fiat per inſtrumentum à notario conſcriptum. Nam contra præſumptionem iuris & de iure non magis ea probatio admitti poteſt quæ per inſtrumentum fiat, quàm quæ per teſtes *l. antiquæ 23. verſ. ſed ſi quidem.* Et ibi gloſ. *in verb. eſſe credendum C. ad* SC. *Velleian. & l. vlt. C. de SC. Maced.* Nec fieri poteſt vt non pro falſo haberi debeat inſtrumētum, quod non aliis teſtibus munitum ſit, quàm qui citra crimen falſi pro inſtrumento teſtimonium ferre nequeant. Taceo quod aperta erit fraudandę conſtitutioni via ſi tam improbabilis hæc opinio recipiatur, vt quod per teſtes inſtrumentarios quantumlibet conſentientes probari nullomodo poſſet, probetur tamen per inſtrumentum. Tantò ſiquidem facilius erit falſum inſtrumentum comminiſci, cùm teſtes qui pro inſtrumenti fide ac veritate audiri non poſſunt, multò minùs audiendi ſint, ſi contra inſtrumentum dicere teſtimonium velint. Itaque ſi interpretibus credimus, eueniet vt nulla detegendæ probandæque falſitatis ratio ſuperſit in ea re in qua comminiſcendæ nullam ſubeſſe Imperatores optimi voluerunt.

ERROR DECIMVS.

De poſteriore teſtamento nuncupatiuo prioris ſollenniter in ſcriptis conditi reuocatorio, in quo aliquid Principi vel potentiori legatum ſit, Et quid ſi pia cauſa fuerit in eo inſtituta.

QVæſitum aliquando ex facto fuit, Si is qui prius teſtamentum ſollenniter ac in ſcriptis condiderat, poſterius fecerit per nuncupationē, in quo non inſtituerit heredē Principē, aut aliquē ex potentioribus, ſed tantùm aliquid ſiue Principi ſiue potentiori legauerit, vel per fideicommiſſum reliquerit, An locus ſit nouæ Imperatorum conſtitutioni, quæ extat *in dict. l. nolumus* 20. *C. de teſtam.* vt poſterioris teſtamenti nulla prorſus ratio haberi debeat, nō magis quàm ſi vel Princeps vel potētior in eo fuiſſet inſtitut'. Nec deerāt ex pragmaticis noſtris, qui dicerēt ius antiquū hoc caſu obtinere, propterea ꝙ noua cōſtitutio iuris veteris correctoria, & ob hoc ipſū odioſa, ſuiſq; limitib. coercēda nō niſi de Principe vel potētiore inſtituto loqui videatur, in illis verbis *tāquā patrimoniū ſuū ad nos deficiēs maluerit ptingre.*

Digitized by Google

Item quòd abſurdum videatur legatum ſiue Principi, ſiue potentiori factum, vſque adeò nocere priuato homini per nuncupationem inſtituto, qui nulla violentiæ fraudiſque præſumptione vrgeatur, vt idcirco teſtamentum corruat, quod haud dubiè valeret ſi legatum tale nullum in eo relictum proponeretur. Quid enim vetat & teſtamentum ſubſiſtere, & legatum tamen non deberi? Nam & ſi de interpretanda Pertinacis Imperatoris oratione ageretur, cuius tam frequens à nobis in ſuperioribus habita mentio eſt, qua parte profeſſus eſt Imperator optimus, nihil ſe adepturum ex ea ſcriptura cui authoritas iuris deſit, *§. vlt. Inſt. quib. mod. teſtam. infirm.* id eſt ne quidem fideicommiſſum ſe agniturum ex codicillis & epiſtolis fideicommiſſariis nō iure ſubnixis, hoc eſt nullo teſtamento confirmatis, quemadmodum ſuprà interpretati ſumus, nemo diceret ſi per eandem epiſtolam fideicommiſſariam, aut per eoſdem codicillos ab inteſtato factos, plura fideicommiſſa & Principi & priuatis perſonis relicta eſſent. Ideò ſummouendos priuatos ne quicquam ex eiuſmodi ſcriptura perſequi poſſent, quòd nec Principi ius ſit aliquid ex ea ſcriptura conſequendi. Quid enim commune habet cauſa Principis cum iure priuati? Aut quid vetat aliud iuris conſtitui in perſona Principis, aliud verò in quolibet priuato? Denique pro non ſcripto haberi quod Principi relictum eſt, non item cætera quę priuatis præſtari teſtator voluit? Pari ergo ratione dicendum videatur, Poſterius teſtamentum nuncupatiuum in quo priuatus aliquis heres inſtitutus ſit, non eo minùs validum eſſe debere ad euertendum prius ſollenniter & in ſcriptis conditum, quòd in poſteriore aliquid relictum fuerit Principi ſiue legati, ſiue fideicommiſſi iure. Præſertim cùm tota vis teſtamenti ab inſtitutione pendeat non à legato vel fideicommiſſo *l. quod per manus 10. D. de iur. codicill. §. ante heredis Inſt. de legat.* Vt proinde cùm de teſtamenti iure quæritur non tam legatarij aut fideicommiſſarij perſona inſpicienda ſit, quàm heredis inſtituti. Ego tamen contrà putabam. Primùm ex verbis ipſis conſtitutionis, quæ non eum duntaxat caſum complectuntur quo Princeps, vel potentior aliquis inſtitutus ſit, ſed etiam illum quo aliquid Principi aut potentiori relictum proponatur, ſic enim habent verba: *non ſcriptum aliquid ſub noſtrorum nominum mentione falsò adſtruere moliantur*, vt intelligamus parùm referre an inſtitutionis an legati aut fideicommiſſi titulo aliquid Principi vel potentiori relictum fuerit. Deinde ex iuris ratione quæ vult conſtitutiones ſanctas & fauorabiles, qualem hanc eſſe interpretes omnes fatentur, adiuuandas potiùs benigna interpretatione quàm reſtringendas *l. hoc modo 64. in fin. De condic. & demonſtr.* Maximè verò, cùm non tam mero Principum aut potentiorum odio ius hoc nouum inductum ſit, quàm fauore prioris teſtamenti ſollenniter in ſcriptis conditi, cuius euerſionem difficiliorem eſſe debere viſum eſt: Quæ ratio non ceſſat extraneo herede per nuncupationem inſtituto, vt neque verba legis ſi in poſteriore teſtamēto nuncupatiuo Princeps aut potentior nominatus fuerit, & relicto aliquo, cuiuſcūq; tandē nominis, honoratus. Sed me illud pręcipuè mouet, quòd fieri nequit, vt teſtes in poſteriore illo nūcupatiuo teſtamēto adhibiti teſtimoniū vtiliter ferāt de legato quin teſtificētur etiā de inſtitutione heredis, ſine qua ſubſiſtere legata nō poſſūt, nec rurſū vt teſtificētur de inſtitutione, ac nūcupatione heredis, quin de tota defūcti volūtate teſtificari eos neceſſe ſit & cōſequēter de legato, vel fideicōmiſſo quod Principi aut potētiori relictū fuerit.

Vltima

Digitized by Google

Vltima enim voluntas vnica & indiuidua eſt, quæ ſi pro parte tantùm probata ſit, nullo modo probata intelligitur, vt tractant noſtri *ad l. heredes palam 21. D. qui teſtam. facer. poſſ. & ad l. 2. C. de bonor. poſſ. ſecund. tabul.* Corn. poſt alios *conſ. 309. num. 9. part. 4.* Adeò inquit quòd ſi aliqui plus probarent, alij minùs non valeret eorum depoſitio, & tales teſtes obiici poſſent, Bellacomb. *in Commun. Opin. tit. De vltim. volunt. & vniuerſ. teſtant. diſpoſ. loc. 7. tit. 11. num. 3.* Atqui lex pro falſis teſtibus habet eos qui de huiuſmodi legato vel fideicommiſſo teſtimonium dicere velint: Ergo euenire neceſſe erit, vt partim veri teſtes exiſtimari debeant, & partim falſi. Veri quod ad priuati heredis inſtitutionem pertinet, Falſi quod ad legatum vel fideicommiſſum ſiue Principi, ſiue potentiori relictum. Quod tamen quàm non niſi ſtultè ac ineptè dici poſſit, præter id quod per ſe patet, etiam ex iis apparet, quæ in præcedentibus diſputauimus. Niſi fortè quis reſponſurus ſit, Eiuſmodi legatum vel fideicommiſſum pro non dicto habendum eſſe & pro non nuncupato, propter nouæ conſtitutionis authoritatem, Heredis verò inſtitutionem non æquè, cùm nulla lege prohibeatur. Idq; exemplo eius quod dici ſolet, cùm tractatur de his quæ pro non ſcriptis habentur. Nam ſi quis heredem ſcripſerit eum, quem ſcribere iure potuit, legauerit verò ei qui iam tùm mortuus probetur, conſtat legatum quidem pro non ſcripto haberi, ſicut & ſi tale quid in teſtamento ſcriptum ſit, quod intelligi non poſſit quid ſignificet, At inſtitutionem heredis & reliqua eodem inſtrumento contenta nihilominùs per ſeipſa valere *l. 2. l. ſi eo tempore 4. D. de his quæ pro non ſcript. habent.* Verùm ſunt iſta longè diſſimilia. Non enim aut noua illa conſtitutio, quæ extat *in d. l. nolumus*, aut alia vlla lex ſic loquitur, vt dicat in ea ſpecie qua de agimus, pro non dicto nec nuncupato habendum eſſe quod in fauorem Principis aut potentioris nuncupatum eſſe dicatur. Adeóque nec pro falſo id haberi oportere, quod teſtes dictum fuiſſe pro Principe aut potentiore teſtificentur: Sed, quod multò grauius eſt, pro falſis habendos eſſe teſtes qui ea de re teſtimonium velint dicere: quæ res cùm perſonas ipſorum teſtium afficiat, non minùs eos repellit à teſtimonio dicendo pro herede nuncupato quantumlibet priuatus & humilis ille ſit, quàm pro principe aut potentiore legatum aliquod aut fideicommiſſum merito: quia ſicuti voluntas teſtatoris totáque teſtamenti nuncupatio, ita & teſtium fides indiuiduum quiddam eſt, nec pro parte aut valere, aut probari, & pro parte non valere aut non probari poteſt. Porrò ſi de legato aut fideicommiſſo quod Principi relictum fuit, teſtes deponere neceſſe eſt, quis dubitat tam facilè futurum, vt reperiantur teſtes qui de toto reliquo teſtamento deponant, id eſt de nuncupatione in fauorem priuati hominis facta quàm ſi Princeps ipſe inſtitutus diceretur: Cùm non poſſit tale legatum aut fideicommiſſum valere niſi aliquo herede inſtituto. Eadem igitur facilitate mentientur teſtes circa inſtitutionem heredis, atque circa legatum vel fideicommiſſum relictum Principi aut potentiori cui gratificari volunt. Proinde ne id eueniat, quod alioqui euenire poſſe Imperatores proſpexerunt, neceſſe eſt non minùs ad eum caſum quo Principi vel potentiori aliquid relictum ſit, quàm ad illum quo ſiue Princeps, ſiue aliquis ex potentioribus heres inſtitutus fuerit, nouæ conſtitutionis poteſtatem extendere. Illud ſanè non improbo, quod interpretes noſtri volunt, conſtitutioni locum non eſſe ſi in poſteriore teſtamento nuncupatiuo pia cauſa heres inſtituta

Digitized by Google

proponatur. Sic enim Andræas Tiraquell. ex receptiſſima omnium ſententia *in tractat. De priuileg. pia cauſ.* An fortè quòd pia cauſa non rectè potentioribus comparetur? Minimè. Recta enim comparatio eſt cùm piæ cuilibet cauſæ iudices fauere ſemper ſoleant, & debeant *l.3. in princip. D. de alien. iudic. mut. cauſ. fact.* An potiùs quòd in dubio non ſit præſumendum piam cauſam teſtes corrupturam? Ne hoc quidem: Nam nec in Principem præſertim bonum & probum tam improba præſumptio cadere poteſt, vt neque in potentiorem qui perpetuò ſic vixerit, vt nihil tale de ipſius moribus ſuſpicari meritò quis poſſit. Sed quoniam non tam facilè fieri poſſit, vt falſi teſtes inueniātur, qui piæ cauſæ gratificari velint, à qua nullam gratificationis ſuæ ac mendacij mercedem ſperare poſſint: quam ſperarent vtique à Principe aut à potentiore licèt probo, qui eos fortè vera dixiſſe exiſtimaret, Nimirum quia non habet pia cauſa perſonam, quæ donare vel remunerari, vel deniq; alienare quicquam poſſit, ſed tantùm quę accipere, & ærarium augere, Niſi quod quiſquis piæ cauſæ fauet, Deum Opt. Max. remuneratorem ſperare debet. Sed ea remuneratio falſos teſtes allicere, & ad dicendum teſtimonium excitare non poteſt, ac potiùs contrariam pro iis præſumptionem inducere, quod non niſi verum teſtimonium pro pia cauſa laturi vnquā fuerint. Neq; enim mendaciorum & periuriorum remunerator eſt Dominus, ſed bonorum duntaxat operum. Putarem tamen in eo poſteriore teſtamēto nuncupatiuo in quo pia cauſa eſſet inſtituta ſpecialem prioris teſtamenti in ſcriptis & ſollenniter conditi mentionem fieri oportere, vt prius reuocatum dici poſſit, quod nō tam facilè per poſterius minùs ſollenne reuocari potuit ſecundum ea, quæ diſputauimus in præcedentibus.

ANTONII FABRI I. C. SEBVSIANI SENATORIS SABAVDIENSIS, ET IN GEBENNENSIS DVCATVS AVDITORIO PRAESIDIS,

DE ERROR. PRAGMAT. ET INTERPR. IVR. *DECAS LXIX.*

ERROR PRIMVS.

De teſtamento facto ad interrogationem notarij, aut alterius.

NVMQVAM

Digitized by Google

NVMQVAM de hoc quæſiuiſſent interpretes, An teſtamentum valeat, factum ad interrogationē notarij, niſi pro certo & explorato habuiſſent, Poſſe fieri vt per ſolum notarij inſtrumētum nullis etiam auditis teſtibus teſtamentum nuncupatiuū probetur. Poſtquàm enim errore ſuo induxerant vt ſolius notarij ſcriptura ſeptem teſtium dictis æquipolleret, conſequens erat vt illud etiam inducerent, quod tamen multò abſurdius eſt, vt ipſius quoque teſtatoris ſi non perſonam, ſaltem factum & nuncupationem notarius ſuppleret, ac repræſentaret. Eò ſiquidem tota hæc quæſtio pertinet, an ad teſtamenti nuncupatiui validitatem ſufficiat nuncupatum fuiſſe heredem à notario interrogante teſtatorem Titiúmne aut Semproniùm heredem eſſe velit, ſi poſteà teſtator ad interrogationem reſpondeat hoc vnum *volo* aut quod Itali ſuo modo ſic efferunt *meſſerſi*. Ita verò quæſtionem propoſuiſſe ſatis eſt, vt appareat & abſurdam eſſe dubitationem, & falſum quod interpretes ad eā reſpondēt, Valere huiuſmodi teſtamentum factum ad interrogationem notarij. Sic enim vulgò illi poſt gloſſ. *ad l. iubemus C. de teſtam.* Nam cùm de hoc apud omnes conſtet, Præcipuam teſtamenti nuncupatiui ſollennitatem in eo conſiſtere, vt heres palàm nuncupetur, id eſt ita vt exaudiri à teſtibus ad ſollennem vſque numerum poſſit, quemadmodum interpretatur Vlpianus *in l. heredes palam 21. D. qui teſtam. facer. poſſ.* Quis ferat teſtatorem, qui alteri nuncupanti annuerit, aut diſertis verbis conſenſerit, pro eo haberi acſi palam ipſe nuncupaſſet? Si enim verum eſt, aliud eſſe vendere, aliud verò vēdenti conſentire, vt eſt in regula iuris, quantò verius dici poteſt, Aliud eſſe heredem palam nuncupare, aliud verò, alteri ſiue notario, ſiue priuato cuilibet palam nuncupanti conſentire? An non verò id eſſet quodammodo teſtari per procuratorem? Siquidem conſenſus ille quem ponimus ſubſequi interrogationem notarij, nihil niſi adprobatio, & vt ita dixerim ratihabitio quædam eſt, quæ porrò maiorem vim & efficaciam habere nequit, quàm vt mandato æquiparetur. Idque tantò magis locum habet in ea ſpecie quam tractamus, cùm nuncupatio per interrogationem facta eſt à notario quem teſtator rogauerit, & adhibuerit ad teſtamentum excipiendum. Quid enim hoc aliud eſt, quàm rogatum videri à teſtatore notarium, vt ipſe teſtatoris vice nuncupet heredem? Atqui prorſus inauditum eſt vt quis per procuratorem teſtetur, aut vt qui teſtatur, faciat per procuratorem quicquam eorum, quæ per ſe facere debeat: Repugnátque iuris regula quæ neminem patitur lege agere, id eſt legis actionem facere per procuratorem, aut quod effectu idem eſt, alieno nominē *leg. nemo alieno 123. de regul. iur.* Legis enim actio ſi qua eſt certè teſtamentum eſt, cùm quiſquis teſtatur ſi modò ſecundum leges teſtetur, hoc ipſo faciat legem *vulg. leg. verbis legis 120. de verb. ſignific. & §. diſponat Nouell. 22. De nupt.* Ideóque cōſtantiſſimè prudētes omnes veteres decreuerunt Teſtamētorū iura ipſa per ſe firma eſſe oportere non ex alieno arbitrio pendêre *l. illa inſtitutio 32. D. de hered. inſt.* Nec minùs leges requirunt quoties nūcupatio heredis faciēda eſt, vt fiat illa ab ipſo teſtatore, quàm vt aliqua fiat *d. l. iubemus*, in illis verbis, *nomen vel nomina heredis vel heredum ab eo nuncupari.* Et poſteà, *quòd ſi non fuerit factū, & nomen heredis vel heredum non fuerit manu teſtatoris ſcriptum, vel voce* (repete & ſupple *teſtatoris*) *coram teſtibus nuncupatum.* Et rurſum *cùm teſtator hæc non ſcripſerit, ſed nuncupauerit.* Sed apertiùs, & ad rem noſtram accom-

Digitized by Google

modatiùs *in verſic. quemadmodum*, vbi tractans Iuſtinianus non de teſtamento in ſcriptis, de quo ſolo lex illa facta eſt, ſed de teſtamento nuncupatiuo ſumpta ab eo ſimilitudine, ſcribit ille in hæc verba: *Quemadmodum enim in elogio, quod ſine ſcriptura conficitur, neceſſe eſt teſtatorem voce exprimere nomen vel nomina heredum.* Nec ſanè aliter fieri poteſt vt falſitatibus via præcludatur, quæ cùm in omnibus omnium hominum actibus periculoſiſſimæ ſunt, tum maximè in teſtamentis *d.l.iubemus l.vlt.C. de fideic.* Et miror Baldum *ad d l.iubemus nu.6.in fin* pro ſuæ & communis opinionis cõfirmatione, hac vna ratione moueri, quòd fides notarij auferat omnem ſuſpicionem falſitatis. Id enim ſi ita eſſet, quid aliud requiri oporteret, niſi vt teſtamentum factum eſſet coram notario, nullis quoque adhibitis teſtibus? Quandoquidem ſollennis ille & tam magnus ſeptem teſtium numerus non ad aliud inductus eſt ex legibus, quàm ne tam facilè eſſet falſum in teſtamento comminiſci *d.l.vlt.C.de fideic.* Neque tamen hactenus quiſquam dixit ſolam notarij fidem & ſubſcriptionem poſſe ſufficere abſq; teſtibus, apertúſque eſt in contrarium textus *leg.hac conſultiſſima* 8. *C. qui teſtamentũ facer.poſſ.* in cuius ſpecie id eſt in teſtamento cæci & ſeptẽ teſtes requiruntur, & tabularius vnus, quem nos hodie notarium appellamus, aut ſaltem vnus alius teſtis pro tabulario ſi tabularij copia haberi non poſſit, vt intelligamus non ſolùm pro ſeptem teſtibus tabularium haberi non poſſe, ſed neque in computando numero qui ad peragenda teſtamenti ſollennia neceſſarius eſt, maiorem ferè tabularij & notarij quàm alterius teſtis cuiuſlibet rationem habendam eſſe. Et magis miror quod ibidem Baldus addit, Notario qui ad teſtamentum adhibetur committi totam ſubſtantiam veritatis, vt ſubinde inferat, Ei ergo ſtandum eſſe. Primum enim falſum eſt committi notario totam ſubſtantiam veritatis, quæ haud dubiè in teſtamento nuncupatiuo ſolis teſtibus committitur, ad quorum fidem pertinet, vt ea omnia referant quæ à teſtatore per ſe ipſum nuncupante audiuerunt, déque iis ſolis teſtificentur. Et quamuis eo iure vtamur quoties de teſtamento nuncupatiuo inſtrumentum aliquod conſcriptum eſt, vt ad probationem ſola inſtrumenti fides ſufficiat, neque teſtes in inſtrumento nominatos eam in rem audiri neceſſe ſit, ab errore tamen ſiue pragmaticorum, ſiue interpretum potiùs quàm à iure is vſus fluxit, vt docuimus in ſuperioribus. Deinde cùm in teſtamentis omnibus ſiue in ſcriptis, ſiue per nuncupationem fiant, non modò veritatis ſubſtantiam adeſſe, ſed etiam requiſitas ſollennitates interuenire oporteat. Debuit Baldus dicere, quod tamen verè rectéque dicere non potuit, ſoli notario committi totam ſubſtantiam ſollennitatis: Quæ cùm non à teſtatore pendeat, ſed à lege, Ineptus ſanè fuerit, qui putauerit inſpiciendum cui ſollennitas commiſſa ſit à teſtatore, ac non potiùs cui commiſſa ſit à legibus, leges porrò de teſtibus ſolis loquuntur pręſertim quoties de teſtamento nuncupatiuo tractant, de tabulario verò nunquam, extra caſum *dict. l. hac conſultiſſima*, quæ agit de cæci teſtamento tantùm. Denique cùm veritas ſit hac parte duplex, vna voluntatis, alia ſollennitatis, neutra committi notario poteſt, ſed multò minùs ea quæ eſt voluntatis, & quæ nihil aliud eſt quàm teſtatoris volun-

Digitized by Google

tas ipſa, cuius nuncupatiuo ſi alterius quàm teſtatoris ore fiat, vtique fatendum ſit teſtamentum non valere, neque tanquam factum ab eo qui teſtatus dicitur, quia non ipſe nuncupauit, neque tanquam factum à nuncupante quia non ſuo nuncupauit nomine ſed alieno, nec de ſua pecunia, ſed de aliena, quod fieri nullo modo poteſt *d. l. verbis legis.* & *l. conficiuntur* 8. *§. ſi poſt factum D. de iur. codicill.* Quare nec interpretes hanc ſententiam probare audent, niſi reſtrictam pluribus, vt vocant, limitationibus. Inter quas vna illa eſt vt ita demùm habeat locum ſi teſtator articulatè loqui poſſit eo tempore quo ad interrogationem alterius reſpondet, non etiam ſi iam tùm articulatè loqui poſſe deſierit. Sic enim Franciſc. Mantic. ex communi aliorum ſententia *lib. 2. De coniect. vlt. volunt. tit. 6. num. 2.* & *4. verſic. ſed vt quæſtio.* & 20. In dubio autem nolunt præſumi, quòd articulatè loqui teſtator potuerit, præſertim ſi in extremis conſtitutus fuerit, niſi cùm teſtamentum in gratiam venientium ab inteſtato factum proponitur, vt tractat Salycet. *in d. l. iubemus.* Nam nec in dubio præſumitur ſanæ mentis eſſe qui in extremis conſtitutus eſt, etiamſi ad interrogationem reſponderit per monoſyllabum *ſic*, niſi alia ſubiiciat verba denotantia ſanam mentem ac bonum intellectum teſtantis, vt loquitur Calcan. *conſ. 91. in fin.* quem refert Gabriel. *in commun. opin. libr. 4. tit. de teſtam. concluſ. 2. numer. 6.* Probátque Mantica *vbi ſupr. num. 9.* Addens, Eum qui languet in extremis mortuo ſimilem eſſe, ideóq; maximũ eo tempore ſubeſſe periculum ne falſitas committatur, Quomodo ſcriptum eſt *in d. l. iubemus.* Alia limitatio eſt à pleriſque, licèt non ab omnibus probata, vt ſupradicta opinio procedat ſi teſtamentum ad alterius interrogationem factum vnicum ſit, non etiam ſi aliud præcedat de cuius reuocatione tractari oporteat. Nec enim tam facile eſt vt prius teſtamentum ſollenniter perfectum tollatur per poſterius quod non niſi ad interrogationem alterius factum fuerit, Caſtr. *ad d. l. hac conſultiſsima §. at cùm humana fragilitas. C. de teſtam.* & alij quos refert Gabriel. *dict. concl. 2 num. 7.* Niſi, inquit ille, *num. 9.* aliunde conſtet de voluntate teſtatoris quòd expreſsè prius teſtamentum reuocare voluerit, ex Carol. Ruin *conſil. 12. numer. 11. volum* 2. & Socin. iun. *conſil. 144. numer. 53. verſic. nec demùm obſtat quòd hæc fuerint volum. 2.* Tertia eſt, Si dictante teſtatore ſcripſerit notarius, qui poſteà interrogauit teſtatorem An velit ita teſtatus eſſe. Nam ſi dictantibus conſanguineis vel aliis quibuſlibet notarius ſcripſerit, magis probant interpretes vt tale teſtamentum etiam ad notarij interrogationem factum non valeat, Quæ fuit ſententia Pauli Caſtren. *ad d. §. at cùm humana fragilitas.* Ac quamuis non deſint qui contrariam Cyni opinionem *in d. l. iubemus*, ſequi malint, Receptior tamen illa eſt quam Paulus Caſtrenſis induxit, vt teſtatur Gabriel. vbi *ſupr. numero 2. in fin.* Niſi, inquit, conſtaret rogatum fuiſſe notarium ab ipſo teſtatore, ex Cornel. *conſilio 304. numero 16.* & *ſequen. volumine 1.* & *ad d. l. iubemus in fin.* Aut adiectam eſſe clauſulam codicillarem de expreſſa voluntate teſtatoris ex Gualdenſ. *cautel. 2. De hered. inſtit.* Quarta, præcipuique momenti limitatio eſt, ſi interrogatio facta ſit ab ipſo notario, non item ſi ab alia perſona ſuſpecta, puta ſi ab herede aut ab aliquo ex agnatis, vel cognatis, vel adfinibus, vel deniq; amicis.

Digitized by Google

heredis in eo teſtamento inſtituti. Sic namque Cyn. ad *d.l. iubemus* & alij per multi quos congerit Gabriel. *dict. concluſ.2.num.16.* in cuius fine poſt alios recenſitos non paucos quibus contraria opinio magis placuit, inter quos potuit nominare Boerium *deciſ.35.num.6.* Concludit hanc eſſe magis communem, ſublimitandam tamen, niſi teſtator explicitè voluntatem ſuam declarauerat per prius. Quaſi eo caſu nihil cauſæ ſit cur de ipſius voluntate dubitari oporteat, Ex Marian. iunior. *dict. conſ.144.num.53.& ſeq.* Item, niſi teſtator rogauerit notarium vel teſtes vt ſuo teſtamento interuenirent, Ex Corn. *in d.l. iubemus in fin.* Tertiò, niſi teſtator tale teſtamentum per ſe dictaſſet, & poſteà ad interrogationem alterius reſpondiſſet *ſic*, vel, *omnia ſibi placere* ex Bald. *in d.l. iubemus in fin.* Quæ tamen ſublimitatio ad primam pertinet, in eáque continetur. Quartò, niſi teſtator conſenſiſſet in clauſula codicillari. Quo caſu volũt talem diſpoſitionem valituram in vim fideicommiſſi ex Guald. *caut.1. De hered. inſt.* Adeóque ſi facta eſſet per verba communia ex Bald. *Nouell. in l.1.§. ſi quis ita D. de verb. oblig.* Quintò, niſi in eo teſtamento ad interrogationem alterius facto inſtituti ſint venientes ab inteſtato ex Hieronymo Grat. *conſil.90. volum.2.* Refert & probat Gabriel. vbi *ſupr. numer.22.* Atque ita quidem interpretes noſtri & tradunt, & limitant, & ſublimitant.

ERROR SECVNDVS.

Si notarius ad cuius interrogationem factum eſt teſtamentum rogatus ſit à teſtatore, aut ſi teſtator ipſe teſtamentum dictauerit.

AT ego meram verámque iuris rationem ſecutus quæ tot limitationes & ſublimitationes non nouit, indiſtinctè defendo, Nunquam valere huiuſmodi teſtamenta ad interrogationem alterius facta, nec magis ſi notarius ille ſit qui interrogauit, etiamſi conſtet adhibitum eum & rogatum à teſtatore, quàm ſi vel heres ipſe inſtitutus, vel aliquis ex eius amicis teſtatorem interrogaſſet. Non enim ſolum hoc obſeruãdum eſt, quod vnum interpretes obſeruant, Vtrum deficiat volũtas, ſed illud etiam præcipuè, Vtrum adſit ſollennitas, Paria enim ſunt quoties de teſtamẽto agitur, Deficere veritatem, & Deficere ſollennitatem. *l. ſi veritas 23. C. de fideic.* Sollennitas verò haud dubiè deficit, quoties is qui heres inſtitutus dicitur neque ſcriptus fuit, neq; nuncupatus, ab ipſo teſtatore. Nec poſſum videre quo vel iuris vel æquitatis colore interpretes hoc nouum & toti Iuriſprudentiæ noſtræ incognitũ teſtandi genus magis probent cùm teſtator voluit per nuncupationem teſtari, quã cùm teſtari voluit in ſcriptis: quo caſu fatentur omnes non valiturum teſtamentũ quod ad interrogationem alterius etiã notarij factum eſſet. Gabriel. *dict. concl.2. nu. vlt.* poſt Ioan. Andr. *in addit. ad Speculat. tit. De teſtam. §.1. verſ. quid ſi is & deciſ. Neap. 143. in antiquis.* Quaſi verò nuncupatio heredis minor ſollennitas ſit aut minùs neceſſaria in teſtamento nuncupatiuo, quàm ſcriptura teſtatoris in teſtamento in ſcriptis, aut quaſi faciliùs permittendum ſit teſtatori vt teſtando per nuncupationem, non tamen nuncupet

nomen

Digitized by Google

nomen heredis, quàm vt teſtando in ſcriptis, non illud ſcribat manu propria. Quod tantum abeſt vt verum ſit, vt è contrario remiſſa ſit teſtantibus in ſcriptis neceſſitas ſcribendi propria manu nomen heredis *Nouell.* 119. *vt ſponſalit. largit. cap.* 9. *§. quia verò*, Vnde ſumpta eſt *Authen. & non obſeruato eo. C. de teſtam.* Nunquam verò remiſſa ſit neceſſitas nuncupandi heredis propria voce ſi quis per nuncupationem teſtari velit. Nam nec priſca conſuetudo ita ferebat vt in teſtamento in ſcriptis nomen heredis propria teſtatoris manu ſcriptum eſſe oporteret *l. hac conſultiſſima* 21. *C. de teſtam. l. ſeruum* 28. *D. qui teſtam. facer. poſſ.* cùm tamen ſemper obtinuerit vt in teſtamento nuncupatiuo nomen heredis à teſtatore palam nuncupari neceſſe eſſet *d. l. heredes palam* 21. *D. eod.* Neque verò caſum illum excipio, qui ex omnibus quos interpretes congerunt, minimam dubitationem recipere videtur, ſi teſtator ipſe teſtamentum dictauerit notario à quo poſtmodum ſit interrogatus, Aut ante notarij interrogationem declarauerit quomodo teſtari vellet. Nam cùm neque dictatio, neque declaratio illa teſtamentum ſit, ſed quid præparatorium teſtamenti lõgéque aliud ſit Teſtari, aliud verò Teſtari velle, fruſtrà eſt ſi quis in præparando teſtamento eas ſollennitates adhibeat, quas lex adhiberi vult in actu ipſo teſtamenti. Nec niſi fauore cæci per nũcupationem teſtantis receptum vſpiam video vt teſtamenti chartulam à teſtatore ipſo dictatam ſufficiat exhiberi teſtatori coram teſtibus à notario. Qua de re expreſſim facta eſt Iuſtini conſtitutio *in d. l. hac conſultiſſima* 8. *§. at cùm humana fragilitas C. de teſtam* quæ tamen non contenta eſt nuda & ſimplici reſpõſione teſtatoris ad interrogationem notarij. Sed illud prætereà omnimodo exigit vt poſtquàm tenor ſcripturæ omnibus innotuerit, teſtator elogium ſe profiteatur ſuum agnoſcere, & ex animi ſui ſententia diſpoſuiſſe quæ lecta ſunt: Hoc etiam addito vt in fine ſubſcriptio ſequatur teſtium, necnon ſignacula omnium tam teſtium, quàm notarij vt lex ait, aut ſi notarius & tabularius in eo loco nullus ſit, alterius qui in notarij & tabularij locum, & in octauum teſtem adhibendus ſit. Cùm verò in ſolo cæci teſtamento nuncupatiuo ita nominatim cautum & conſtitutum fuerit, non eſt dubitandũ quin alio iure in omnibus cæterorum omnium teſtamẽtis vti debeamus. Quamquam multò apertior res eſt ſi ponas neque dictatam, neque aliter declaratam à teſtatore voluntatem ſuam priùs quàm à notario interrogaretur. Tũc enim dubitari meo iudicio non poteſt quin teſtamentum factum videri debeat, non ſolùm ad ſuggeſtionem alterius (quod nec Baldus diffitetur *ad d. l. iubemus num.* 6. cùm ait talem interrogationem ſuggeſtionem quãdam eſſe potiùs quàm voluntatis requiſitionem. Quaſi verò tam licitum ſit ſuggerere teſtamentum, quàm teſtatoris adfectionem blando ſermone aut benè merito aliquo prouocare vt *in l. vltim. D. ſi quis aliq. teſtar. probib. l. captatorias* 71. *D. de hered. inſtit.*) Sed etiam quod abſurdius eſt, per interrogantem ipſum qui heredem nuncupat, potiùs quàm per teſtatorem qui tacito heredis nomine reſpondet ſimpliciter ad alterius interrogationem. Neque rurſus diſtinguo an interrogatio facta ſit à notario an ab herede, aut ab alio quem heres ipſe fortaſſis ſubiecerit. Quis enim neſcit tam eſſe facile illi qui teſtatoris hereditatem captat, vt ſubiiciat notarium quàm vt alium quemlibet ad interrogandum teſtatorem? Aut cur non æquè dicamus teſtatorem interrogatum à notario reſpondiſſe tam breuiter vt ſe à moleſtia redimeret potiùs quàm quod ita diſponere vellet? An non perinde moleſtus

Digitized by Google

eſt notarius ac alius quilibet, cùm ſemimortuum teſtatorem & in extremis conſtitutum interrogat, An non adprobet illud teſtamentum quod in charta iam ſcriptâ continetur? Denique quis hodie magis ſuſpectus eſt, quàm notarius quoties ſuſpicio aliqua interuenire poteſt ne quid falſi circa teſtementum excogitetur? Aut à quibus præterquàm à notariis falſa teſtamenta conſcribi & confingi audimus? Idq; ſanè ita euenire neceſſe eſt, poſtquàm inualuit ex interpretum errore vt ſolius notarij fides pro ſeptem teſtibus habeatur nec aliud quicquam præter notarij ſubſcriptionem ad voluntatis, & ſollennitatis probationẽ requiratur: quod certè Papinianus vel huius periculi ſolius metu, nunquam admitteret.

ERROR TERTIVS.

De teſtamento condito per relationem ad aliam ſcripturam.

TESTAMENTO, ad interrogationem alterius facto de quo proximè diximus, non valde abſimile illud eſt, quod per relationem ad aliam ſcripturam factum eſſe proponatur, De quo iam dicendum aliquid nobis eſt. Nam & interpretum noſtrorum communis ſententia illa eſt, vt hoc quoque teſtamenti genus valeat ſi modò alia illa ſcriptura ad quam teſtator ſe retulit certa ſit, & indubitata, vt dubitari nequeat quin ea ipſa ſit de qua teſtator ſenſit, Nec tantùm ſi teſtatoris ipſius manu ſcripta probetur vt voluit Bartolus *ad l. ſi ita ſcripſero 38. de condic. & demonſtr.* ſaltem per comparationem literarum quam hoc caſu ſufficere reſpondit Carol. Ruin. *conſ. 11. num. 7. vol. 3.* Sed etiamſi alterius manu ſcriptam eam eſſe conſtet vt contra Bart. defendit Caſtrenſ. *ad d. l. ſi ita ſcripſero*, & alij quos refert ac ſequitur Ant. Gabriel. *libr. 4. commun. opin. titul. de teſtam. concluſ. 11. num. 7.* Mouentur autem in hanc ſententiam interpretes vnica ratione illa quòd nihil referat an teſtator explicitè nomina heredum expreſſerit, an implicitè per relationem ad aliam ſcripturam, cùm vtroque caſu teſtatoris voluntas certa ſit, & explorata. Rationem verò hanc probant ex variis iuris locis quibus id ipſum non obſcurè probari arbitrantur. Primus eſt *in dict. l. ſi ita ſcripſero*, vbi Paulus ſcribit ſi in teſtamento ita ſcripſero, *Quantum codicillis Titio legauero.* licèt codicillis legatum explicetur, tamen ex teſtamento valere ſolámque quantitatem in codicillis delatam eſſe. Nam & apud veteres, inquit, legata talia fuere, *Quantum ei per epiſtolam ſcripſero*, *Quantum ex illa actione detraxero*, *heres dato.* Alius locus eſt *in l. quem heredi 25. D. de reb. dub.* vbi Celſus ait, ſi teſtator in teſtamento ſuo ita ſcripſerit *Quem heredi meo dixero velle me liberum eſſe, liber eſto*: Aut ita, *Cui vt dare damnas ſit heres meus dixero, ei heres meus dare damnas eſto*, teſtatoris voluntatem ſi quibuſdam argumentis apparebit de quo dixerit adimplendam eſſe. Sed omnium accommodatiſſimus in hanc rem textus interpretibus videtur apud Papinianum *in l. aſſe toto 77. D. de hered. inſt.* in cuius ſpecie cùm aſſe toto non diſtributo ita ſcriptum eſſet, *Quem heredem codicillis fecero, heres eſto*, & Titium codicillis heredẽ teſtator inſtituiſſet, Non dubitat Papinianus quin Titij inſtitutio valeat, Ideo quòd,

licè

licèt codicillis dari hereditas non poſſit, hæc tamen ex teſtamento data videtur, Quamuis non plus ex hereditate Titius habere debeat, quàm quantum ex hereditate reſiduum manſit. Nec ſanè poteſt negari, quin locus ille probet apertiſſimè, Poſſe teſtamentum in ſcriptis ita fieri vt tamen heredis nomen ſcribatur in alia ſcriptura etiam minùs ſollenni, vt puta in codicillis, Nempe ſi ea ſcriptura quam teſtator codicillorum nomine donauit, & ad quam ſe retulit ſollennitatem habeat codicillorum, id eſt non pauciores quàm quinque teſtes vt Caſtrenſis tractat ad *l. ſi ita ſcripſero.* Alioqui non poteſt videri ſcriptus in codicillis heres, qui inſtitutus eſt in ea ſcriptura quæ codicillorum nomen non mereatur. Cæterùm ſi teſtator relationem habuerit ad aliam ſcripturæ ſpeciem, quæ nomen aliud certæ ſollennitatis nullum habeat, idem meo iudicio, iuris erit nec minùs valebit inſtitutio tanquam quæ non tam per illam ſcripturam facta ſit quàm in teſtamento, tametſi extra teſtamentum, nec niſi per ſcripturam illam fuerit declarata. Non enim maior hac parte poteſtas eſt codicillorum quàm alterius ſcripturæ cuiuſlibet minùs ſollennis, quandoquidem non magis per codicillos quàm per epiſtolam aut aliam ſcripturam quamlibet hereditas dari poteſt. Illud tamen ſemper adeſſe oportet, vt ſcriptura illa ſit indubitata, nec hæſitandi cauſa vlla ſubſit quin ea ipſa ſit, de qua teſtator ſenſerit. Sed & illud omnino requiri puto, vt heredis nomen quod in teſtamento ſcriptum non eſt, alicubi ſcriptum ſit. Nam cùm teſtamentum ſiue in ſcriptis, ſiue per nuncupationem factum ab inſtitutione ſola vires accipiat *l. quod per manus* 10. *D. de iur. codicill.* quomodo fieri obſecro poteſt, vt in ſcriptis teſtatus videatur ille qui heredis ſui nomen nullibi ſcripſerit? Quare ſi ponas teſtatorem in teſtamento ſollenni per ſcripturam condito ita ſcripſiſſe *Quem Titio dixero velle me heredem mihi eſſe, ille heres mihi eſto,* non puto valiturum teſtamentum vt ex eo poſſit heres eſſe is quem teſtator Titio dixerit quamuis manifeſtè conſtet quem Titio dixerit velle ſe ſibi heredem eſſe. In eoq; obſeruo differentiam inter inſtitutionem, & legata. Etſi enim non magis legata extra teſtamentum dari poſſunt quàm hereditas relinqui, Nihil tamen vetat ita relinqui legatum in teſtamento in ſcriptis vt relatio fiat non ad ſcripturam aliquam, ſed ad id quod teſtator voce nuda alicui dixerit: Vt *in d. l. quem heredi.* Et ratio eſt quia cùm non perinde ex legatis ſicut ex inſtitutione teſtamẽtum æſtimetur, fieri facile poteſt, vt legata debeantur tanquam ex teſtamento in ſcriptis, etiamſi neque in eo teſtamento ſcripta ſint, neq; ad aliam ſcripturam relata, ſed tantùm voce alicubi nuncupata. Quemadmodum è conuerſo fit interdum vt teſtamentum ſit nuncupatiuum, Legata verò ſcribantur in codicillis quos idem teſtator poſteà fecerit per ſcripturam *vt in l. vlt. D. de iur. codic.* Neque defuerunt, qui hanc differentiam inter nos obſeruauerint inter inſtitutionem & legata, ac fideicommiſſa ſingularia quæ vocant illi particularia, De quibus ſolis tractat Bart. *ad d. l. ſi ita ſcripſero,* non etiam de inſtitutione, vt & Caſtrenſis bene vidit, & Iaſ. *ad l. certum* 6. *num.* 1. *poſt princip. D. de reb. credit.* Quorum tamen ſententia non obtinuit. Probatum enim eſt magis communiter nihil hac parte inſtitutionem à legatis differre vt teſtatur Iul. Clar. *lib.* 3. *ſent. in* §. *teſtamentum quæſt.* 4. *num.* 3. *verſ. ſed pone & quæſt.* 36. *num.* 2. quod & Caſtrenſ. ipſe ſenſit *in d. l. hac conſultiſſima* 21. §. *per nuncupationem C. de teſtam.*

ERROR QVARTVS.

De differentia teſtamenti in ſcriptis & nuncupatiui cùm agitur de teſtamento facto per relationem ad aliud.

SED neſcio an adhuc quiſquam obſeruauerit differẽtiam, quæ iudicio meo conſtituenda eſt in huiuſmodi quæſtione inter teſtamenta in ſcriptis & nuncupatiua. Non enim ſicuti valere diximus teſtamentum in ſcriptis in quo per relationem tantùm ad codicillos æquè ſcriptos heres aliquis ſcriptus ſit *d. l. aſſe toto*, Ita poſſumus admittere teſtamentum nuncupatiuum valere, in quo heredis nuncupatio palàm & coram ſollenni numero teſtium non aliter facta ſit, quàm per relationem ad aliam nuncupationem alio loco, & coram aliis teſtibus factam: Tantum abeſt vt exiſtimemus poſſe valere teſtamentum nuncupatiuum in quo facta ſit nuncupatio per relationem ad aliquam ſcripturam, quomodo valere interpretes volunt, cùm nec teſtamentum in ſcriptis valere poſſit in quo non ſit ſcriptus heres niſi per relationem ad nuncupationem, quemadmodum iam diximus. Differentiæ autem huius ratio illa eſt, ni fallor, quòd non ſicut in teſtamento nuncupatiuo heredes palam nuncupandi ſunt, id eſt ita vt eorum nomina à ſollenni teſtium numero audiantur *d. l. heredes palam*, ſic vllo iuris loco proditum eſt in teſtamẽto in ſcriptis heredum nomina palam ſcribi oportere, hoc eſt præſentibus videntibus & ſcientibus iis qui ad ſignandum teſtamentum adhibentur: Cùm non eo minùs valeant huiuſmodi teſtamẽta in ſcriptis, quòd heredum nominẽ à teſtibus ignorentur, vt ſcriptũ eſt *in d. l. hac conſultiſſima 21. C. de teſtam.* In id enim præcipuè comparatus eſt vſus teſtamentorũ in ſcriptis, vt ſecreta poſſit eſſe voluntas teſtatoris, & ipſis quoq; teſtibus teſtamentariis incognita, Propter quam cauſam olim ſecreta & myſtica dicebantur vt ſuperiore Decade monuimus. Quòd ſi in hoc quoq; teſtamẽtorũ genere illa tamẽ dubitandi cauſa ſuberat ne valere viderentur, ſi quando ita fierẽt vt teſtes quæ in eo eſſent ſcripta, neſcirent, vt oſtendit ſupradicta Theodoſij conſtitutio in illis verbis, *nec ideò infirmari quòd teſtes neſciant quæ in eo ſcripta ſunt teſtamento.* Quis nõ videt diuerſum planè ius eſſe in teſtamẽto nũcupatiuo, nec valere illud poſſe ſi quo caſu ſic fiat vt nomina heredũ in eo nuncupatorũ à teſtibus ignorẽtur? Nã quod interpretes reſpondẽt, poſſe nuncupationẽ fieri palã, & tamen non explicitè fieri ſed implicitè & facta relatione ad ſcripturã aliquam, vel aliam nuncupationẽ, Ego planè fateor me non intelligere. Quid enim aliud eſt *palam* quid fieri, quàm explicitè fieri, & ita vt nulla re alia opus ſit ad aſſequendã eius quod palam fit, pleniſſimã cognitionẽ? Aut quænam interpretatio dictionis huius apertior eſſe poteſt, q̃ quæ ab Vlpiano traditur *in d. l. heredes palã*, Nuncupãdos eſſe heredes palã, ita vt exaudiri poſſint eorũ ſcilicet nomina: Palàm, inquit, nõ vtiq; in publicũ ſed vt exaudiri teſtator poſſit cùm heredes nuncupat. Quomodo autẽ fieri poteſt vt vel exaudiatur teſtator heredes nuncupãs vel exaudiãtur nomina heredũ nũcupatorũ ſi nominatio implicitè tãtùm fiat, id eſt nullo expreſſo nomine, & per relationẽ ad aliquã ſcripturã, aut ad aliã nuncupationem? Itaq; ſi verum eſt, vt eſt, contradictoria hæc eſſe, Implicitè quid fieri & explicitè, fatendũ eſt meo iudicio nõ minùs implicare

contra

Digitized by Google

contradictionem vt palam fieri dicatur id, quod nō niſi implicitè fiat. Quicquid enim fit implicitè, & per relationem ad aliud, id vt obſcurè fiat, neceſſe eſt. Ergo non palam, Poteſt quidem id quod certificatur per relationem ad aliud æquè certum eſſe acſi digito vel oculis demonſtratum eſſet *d. l. certum. 6. de reb. credit.* Sed æquè notum, & quod idem eſt, æquè palam eſſe non poteſt. Porrò heredis inſtitutio quæ per nuncupationem fiat, non tantùm certa eſſe debet, ac certæ perſonæ, quod vtique per relationem ad ſcripturam aliquam poſſet æquè contingere, ſed etiam teſtibus palam ſignificata, quod certè niſi per explicitam nuncupationem fieri nullomodo poteſt: cúmque pro teſtamenti nuncupatiui forma illud præſcriptum ſit vt palam & explicitè nuncupationem fieri oporteat, repugnat ſanè vt poſſit fieri per relationē ad aliud, ſecundum id quod ipſis quoque interpretibus vulgò placet, expreſſionem quæ eſt de forma non poſſe fieri per relationem, neque per æquipollens *cap. pen.* vbi Abb. *per ill. tex. extr. de iureiur.* cum aliis quamplutibus quos congerit Gabriel. *dict. concl.* 11. *num.* 9. Quamuis ille ibidem ſubiiciat non probari ſibi hanc rationem. Propterea quòd inquit, nomen heredis pro forma exprimi debeat in teſtamento nuncupatiuo, & tamen exprimi poſſit per relationem ad aliud. In quo ſanè petit principium vt nemo non videt, ac ſi quid mei iudicij eſt, ſupponit falſum. Et verò ſi nuncupatio implicita ſufficeret ad teſtamenti nuncupatiui validitatem, ſequeretur vt quoties teſtamentum in ſcriptis factum eſſet, quod tamen ex aliqua cauſa valere non poſſet, puta ob defectum alicuius ſollennitatis, defendendum nihilominùs eſſet iure teſtamenti nuncupatiui. Nam cùm inter cæteras teſtamenti in ſcriptis ſollennitates vna illa ſit, vt teſtator coram ſeptem teſtibus dicat ſuum eſſe teſtamentum quod offertur, vt habet Theodoſij conſtitutio *in dicta l. hac conſultiſſima*, teſtamentum autem eſſe non poſſit niſi in quo heres aliquis inſtitutus ſit, negari certè non poteſt, quin omnis qui teſtator in ſcriptis, & ſcripturam quam profert aſſerit ſuum eſſe teſtamentum, hoc ipſo nūcupet heredes ſuos per relationem ad eam ipſam ſcripturam, indéque nimirum eſt quod veteres etiam cùm de teſtamento in ſcriptis loquebantur, hāc teſtamenti nuncupationem appellabant quæ fiebat per ea verba ſollennia quæ ſuperiore Decade retulimus ex Vlpiano *in Fragment. titul.* 20. *Hac vti his tabulis cerisve ſcripta ſunt, ita do, ita lego, ita teſtor. Itaque vos Quirites, teſtimonium perhibetote.* Perinde igitur eſt acſi diceret *hos nuncupo heredes quorum nomina in his tabulis continentur.* nec quicquam vel amplius vel apertiùs in hac poſteriore formula, quàm in ſuperiore continetur. Erit ergo hoc teſtamentum in ſcriptis etiam nuncupatiuum, ſi nuncupationem ſufficit implicitè fieri per relationem ad aliquam ſcripturam vt volunt interpretes. Maximè verò cùm iiſdem placeat, quod nos ſequenti capite refutabimus. Nihil repugnare quominùs vnum & idem numero teſtamentum cenſeatur vtriuſque teſtamenti iure & in ſcriptis & nuncupatiui, quaſi ſint hæ teſtamentorum ſpecies differētes ac diuerſæ magis quàm pugnātes. Atqui negat Theodoſius valere teſtamētū in ſcriptis ſi non omnes ſuas habeat ſollēnitates quę neceſſariæ ſunt, vt eo iure valere poſſit. Non ergo patitur vt valeat iure nuncupatiui teſtamenti. Alioqui eſſet hoc imponere legem verbis non rebus, cū lex dicat tale teſtamentum pro infecto & imperfecto haberi oportere. Atque ita iam ante nos benè ratiocinatus eſt Paul. Caſtr. *ad d. l. ſi ita ſcripſero,*

Cui tamen placet addere quod in ſupradicta Theodoſij conſtitutione ſequitur *in §.ex imperfecto*, Ex imperfecto teſtamento non defendi voluntatem defuncti niſi inter liberos. Nam cùm inter liberos non teſtamenti iure defendatur ſed tanquam vltima voluntas inteſtati vt & *in §. vlt. eiu d. leg. & in l.vlt.C.famil.ercisc.* vt pluribus oſtendimus *Decad.*35. Multò igitur minus dici poteſt ex teſtamento in ſcriptis quod eo iure imperfectum,& pro infecto habendum ſit, conſeruari voluntatem iure teſtamenti nuncupatiui etiam inter extraneos. Quod tamen prorſus conſequens eſſet dicere,ſi quis cum interpretibus vellet contendere, Teſtamentum nuncupatiuum valere in quo heres nuncupatus ſit implicitè per relationem ad ſcripturam.

ERROR QVINTVS.

De teſtatore qui certum teſtandi genus elegit,an ad illud ſe adſtrinxerit.

NEQVE reſponderi poteſt quod Caſtrenſis ſui quodammodo immemor reſpondet pro Bart. *in d.§.per nuncupationem*, Theodoſium *in d.l.hac conſultiſſima*, de eo teſtatore tractare qui ſe adſtrinxerit ad certum & determinatum illud genus teſtandi in ſcriptis, Cùm ponat rogatos à teſtatore teſtes vt ſubſcriptiones ſuas & ſignacula adhiberent, quæ teſtamentorum in ſcriptis propria ſollennitas eſt. Nam cùm fateatur Caſtrenſis quod nemo vnquam negauit, eſſe hanc vnam ex præcipuis ſollennitatibus teſtamentorum in ſcriptis vt teſtium ſignacula & ſubſcriptiones adhibeantur, déque iis adhibendis teſtes rogentur, eueniet neceſſariò vt numquam poſſit fieri locus ſententiæ interpretum, qui nuncupationem illam implicitam ſufficere volunt ad validitatem nuncupatiui teſtamenti, Quia ſemper verum erit eum, qui in ſcriptis teſtatus fuerit ſe adſtrinxiſſe ad certum illud teſtandi genus: Niſi eo demum caſu, quo poneres teſtatorem expreſſim cauiſſe vt teſtamentum valeret omni meliori modo, quæ vulgaris notariorum noſtri temporis clauſula eſt aut appoſuiſſe iuramentum, quod æquipollere aiunt ei clauſulæ, cuius eam poteſtatem mirabilem eſſe volunt, vt ſi quod ago non valeat vt ago, valeat ſaltem vt valere poteſt. Ita enim ex communi Doctorum ſententia tradit Mantic. *lib.*1. *De Coniect. vlt.volunt.tit.*7.*num.*4. Scilicet ſi conſtet clauſulam illam non modò ſcriptam fuiſſe à notario, ſed etiam dictatam & expreſſam à teſtatore, ex Pariſ. *conſ.*19.*cum præced.& ſubſeq.vol.*3.& Grammat. *deciſ.*62.*num.*72. Et tamē fatetur ibidem Mantica non eſſe hunc caſum de quo dubitant interpretes, cùm nullam omnino dubitationem recipiat: Sed illum ſolum quo teſtator nec ſe reſtrinxerit ad teſtamentum in ſcriptis, nec ſupradictam clauſulam adiecerit, neque tamē heredum nomina explicitè nuncupauerit, ſed tantùm implicitè. Nam ſi teſtator qui neque reſtrinxit ſe ad teſtandum in ſcriptis, neque expreſſit vt teſtamentum valeret omni meliori modo, explicitè tamē voluntatem ſuam teſtibus aperuerit. Admittit Mantica. *numer.*6. communem Doctorum ſcholam concludere teſtamentum vt nuncupatiuum ſuſtineri debe

ri debere ſi non valeat tanquam in ſcriptis conditum. Ratione illa quòd in dubio non ſit credendus teſtator ſe voluiſſe reſtringere ad vnam tantùm ſpeciem teſtandi & elegiſſe viam per quam iudicia ſua impugnarentur *arg. l. 3. D. de teſtam. milit.* quódque actus ſic debeat intelligi vt valeat potiùs quàm pereat *l. quoties* 12. *D. de reb. dub.* Denique quòd in dubio pronunciandum ſit pro teſtamento *cap. vlt. Extr. de re iudic. l. ſi pars* 10. *D. inoff. teſtam.* Quæ tamen rationes omnes perinde locum habent ſi heredis nuncupatio facta ſit implicitè per relationem ad certam ſcripturam atque ſi explicitè facta eſſet. Cur enim vno caſu potiùs quàm alio præſumamus prudentem teſtatorem ſe reſtrinxiſſe ad certum genus teſtandi eámque viam elegiſſe per quam teſtamētū euertatur? Cùm ſi interpretibus credimus nihil omnino referat an heres nuncupatus ſit explicitè, an implicitè, quod ad hoc, vt nihilominùs vtroque caſu heres palàm nuncupatus intelligatur? Præſertim cùm nec abhorreat à natura teſtamenti in ſcriptis vt heres palam nuncupetur, ſi modò concurrāt cætera quæ ad teſtamentum in ſcriptis ſunt neceſſaria *dict. l. iubemus* 29. *C. de teſtam.* Non nego, eum qui ſubſcriptiones & ſignacula teſtium adhibet hoc ipſo non obſcurè voluntatem ſuam declarare, quòd in ſcriptis teſtari velit. Sed nego conſecutionem ſi quis ex eo inferat, Velle igitur illum ſe adſtringere ad certum hoc teſtandi genus, ne teſtamentum valere poſſit tanquam nuncupatiuum ſi quo caſu fieri poſſet, vt quod iure teſtamenti in ſcriptis non valeret, iure nuncupatiui defenderetur. Nam & in ſpecie *d. l. 3. de teſt. milit.* tractat Vlpianus de eo milite qui deſtinauerat & voluerat communi iure teſtari, nec eo minùs tamen ait, Non ſtatim videri eum beneficio & priuilegio militari renunciaſſe, & voluiſſe vt neque iure militari valeret teſtamentum, ſi iure communi valere non poſſet. Subiicitque rationem illam perelegantem *nec credendus eſt quiſquam genus teſtandi eligere ad impugnanda iudicia ſua.* Quibus verbis oſtendit *eligere* dicendum eum non qui hoc vult, aut etiam qui hoc mauult quàm illud, ſed eum demùm qui hoc ita vult aut mauult, vt illud prorſus nolit. Proinde vt quis dicatur elegiſſe viam teſtandi in ſcriptis, non ſufficit vt voluerit teſtari in ſcriptis, idque maluerit quàm teſtari per nuncupationem, Adeoque tametſi verbis diſertis, quod magis eſt, id expreſſerit, ſed illud omnino requiritur vt dicat nolle ſe teſtari per nuncupationem. Sic dicimus Eum qui facto iure teſtamento aliud poſterius facit, Velle quidem hoc ipſo reuocatum eſſe prius teſtamentum, quippe qui ſciat ſe cum duobus teſtamentis decedere non poſſe, & tamen non ideò quiſquam benè dixerit, Velle ipſum adeò ſe reſtringere ad poſterius teſtamentum, vt prius valere nullomodo velit. Nam imò verò credendus eſt, non aliter reuocatum velle prius, quàm ſi poſterius valeat, quippe qui ad ſecundum accedat teſtamentum non vt decedat ſine teſtamento, ſed vt cum alio teſtamento *leg. ſi iure* 18. *de legat.* 3. Ergo ſi ita ius eſſet, quomodo eſſe volunt interpretes, vt idem numero teſtamentum poſſit ſaltem ſub diſiunctione valere vtroque iure, & tanquam in ſcriptis, & tanquam nuncupatiuum, vtque implicita quoque nūcupatio haud ſecus, quàm explicita proſit ad eſſentiam teſtamenti nuncupatiui conſtituendam: nihil certè cauſæ eſt, cur dicamus teſtatorem, qui coram ſeptem teſtibus declarauit, velle ſe in ſcriptis teſtari, ob eámque cauſam ſubſcriptiones, & ſignacula teſtium adhiberi iuſſit, hoc ipſo voluiſſe adeò ſe reſtringere ad certam illam ſpeciem teſtandi, vt ſi teſtamentum valere non

Digitized by Google

poſſet tanquam in ſcriptis factum,nec tanquam nuncupatiuum id valere pateretur,tametſi ratio iuris pati poſſet.Non igitur ex teſtatoris voluntate proficiſcitur quod ait Theodoſius *in d.leg.hac conſultiſſima*,Teſtamentum quaſi in ſcriptis factum ſi eo iure valere ob aliquas ſollennitates omiſſas non poſſit,pro imperfecto infectóque habendum eſſe vt conſequenter nec nuncupatiui iure defendatur,ſed ex mera iuris poteſtate quæ non patitur vt idem teſtamentum poſſit diſiunctim & ſub alternatione valere & tanquam in ſcriptis, & tanquam nuncupatiuum. Nec rurſus vt nuncupatiuum teſtamentum dici vllomodo poſſit,quod implicitam duntaxat continet nuncupationem. Idque non tantùm ex ſupradicta Theodoſij conſtitutione probari optimè poteſt,ſed etiam ex Iuſtiniani *Nouell.127.vt ſponſalit.largit.cap.9.§. quia verò*.Vnde ſumpta eſt *Aut.& non obſeruato eo* poſita *ad d.leg.iubemus. 29.C.de teſtam.*vbi Iuſtinianus ſcribit Euerſa fuiſſe multorum teſtamẽta ob prætermiſſam nouam illam ſollennitatem quam ipſe induxerat per *dict.leg. iubemus*,vt quiſquis teſtari in ſcriptis vellet, proprium nomen heredis vel manu propria ſcribere,vel ore proprio coram teſtibus nũcupare cogeretur. Quænam enim poterat ſubeſſe ratio euertendi teſtamenti in quo heredem teſtator ore ſuo nuncupauerat,tametſi aliquid ex ſubſcriptionibus & ſignaculis teſtium deeſſet, quominùs valeret ſaltem iure teſtamenti nuncupatiui cùm explicita nuncupatio facta eſſet,Adeóque licèt non niſi implicitè facta proponeretur,ſi ita ius erat vt nuncupatio quælibet etiam implicita ſufficere poſſet,ad ſtabiliendam vim teſtamenti nuncupatiui? Nam ſi pro ratione adferas ſolam voluntatem teſtatoris in ſcriptis teſtari volentis,iam dixi non ideò conſequens fore vt beneficio teſtamenti nuncupatiui ſtatim renunciare voluerit is qui teſtari voluit in ſcriptis. Ex *d.leg.3.D.de teſtament. milit.*

ERROR SEXTVS.

De teſtamentorum in ſcriptis & nuncupatiui incompatibilitate.

ADMITTAMVS ergo,quod res eſt,neque poſſe teſtamẽtum valere quaſi nuncupatiuum,quod in ſcriptis facere teſtator voluit,aut contrà, cùm ſint iſta planè contradictoria Velle quẽ teſtari in ſcriptis,& nõ in ſcriptis,quod poſtremum fit teſtando per nuncupationẽ, neque vllo caſu fieri poſſe vt nuncupatio,quæ implicitè tantùm facta ſit,maximè verò ſi per relationem ad aliquam ſcripturam conſtituere poſſit teſtamẽtũ nuncupatiuum : Præterquàm in ſpecie *l.hac conſultiſſima* 8.*C.qui teſtam.facer.poſſ.*id eſt cùm agitur de teſtamento cæci,in quo ſpecialiter conſtitutum eſt à Iuſtiniano,vt ſufficiat chartulam, quã tamen cæcus ipſe dictauerit,recitari à tabulario coram ſeptem teſtibus, quorum ſubſcriptiones & ſignacula itémque tabularij,aut ſi tabularius eo loco nullus ſit,octaui alicuius teſtis ſubinde adhibeantur.Nam quod lex ait ſufficere hoc caſu vt teſtator ſuum ſe elogium agnoſcere profiteatur,&ex animi ſui quæ lecta ſunt diſpoſuiſſe ſententia,nihil ſanè aliud niſi implicitam nuncupationem ſignificat,quam proinde hoc caſu ſufficere fatendum eſt. Sed

ab eo

Digitized by Google

ab eo quod ſpecialiter in teſtamento cæci conſtitutum fuit, ad cætera cæterorum teſtamenta nuncupatiua argumentari nullomodo poſſumus, Cùm vt eſt in vulgari noſtrorum brocardico, leges ſpeciales & correctoriæ nunquã ſint extendendæ, Ne quidem ex identitate adeóq;, vt loquuntur, maioritate rationis. Itaque fruſtra erit ſi dicas, Nuncupationem implicitam quæ poteſt in teſtamento cæci ſufficere, multò magis in alterius cuiuſlibet teſtamento ſufficere debere, in quo minor ſubſit ſuſpicio falſitatis. Replicabo enim non idem in aliorum teſtamentis conſtitutum eſſe, Aut ſi eam conſtitutionem ad conſequentias trahere velis, Eaſdẽ igitur ſollennitates adhibẽdas fore in huiuſmodi teſtamẽtis nuncupatiuis, quas in cæci teſtamento adhiberi Iuſtinus voluit: Omnes ſcilicet illas quæ in teſtamento in ſcriptis adhibendæ eſſent, & hoc amplius tabularij, aut alterius pro tabulario, teſtis octaui ſignaculũ & ſubſcriptionẽ: Nec enim minor cautio ſufficere poſſe viſa eſt ad remouendã falſi ſuſpicionẽ quoties accidit vt vel teſtator videre teſtes non poſſit, vel teſtes audire nuncupationẽ palã ab ipſo teſtatore faciendã. Etſi hoc quoque in Iuſtini lege notatu & obſeruatione dignũ eſt quod inter cæteras ſollẽnitates requirit Iuſtinus hanc primã & præcipuã, vt teſtator ad ſe conuocatos teſtes omnes edoceat ſe ſine ſcriptis teſtari velle, quãuis alioqui omnes eas ſollẽnitates interuenire neceſſe ſit quæ in teſtamento in ſcriptis exiguntur, Ita vt ſi ea ſollennitas prætermiſſa ſit, non magis teſtamentum valere poſſit quàm ſi qua alia prætermiſſa eſſet. Quod tamen ſine ratione conſtitutum videretur, ſi tam facile eſſet quàm eſſe volunt interpretes vt valeret teſtamentum tanquam nuncupatiuum etiã de quo nihil tale dictum fuiſſet. Exigimus itaque vt quiſquis teſtatur hoc primùm teſtes edoceat an in ſcriptis, an ſine ſcriptis teſtari velit, quia ſi in ſcriptis teſtari ſe velle dixerit, nunquam fieri poterit, vt teſtamentum quod eo iure valere non poteſt ob aliquam ſollennitatem omiſſam valeat iure nuncupatiui. Sicut è contrario ſi teſtator dixerit ſe ſine ſcriptis teſtari velle, & aliquid ſit quod impediat ne teſtamentum iure nuncupatiui valere poſſit, nunquam eueniet vt defendatur iure teſtamenti in ſcriptis, Nec ſi teſtator expreſſerit velle ſe vt teſtamentum ſuum valeat omni meliori modo aut etiam apertiùs, quomodo noſtri temporis notarij exprimere ſolent, Velle ſe vt ſi teſtamentum non valebit iure teſtamenti in ſcriptis, valeat iure nuncupatiui. Nec enim eius clauſulæ effectus vllus eſſe poteſt, ne quidem ex voluntate teſtatoris inter contradictoria, cuiuſmodi hæc eſſe ſuprà diximus, Teſtari in ſcriptis, & ſine ſcriptis: Nec quod teſtamentum nuncupatiuum poſſit recipere omnes ſollennitates teſtamenti in ſcriptis vt *in d. l. hac conſultiſſima 8. C. qui teſtam. facer. poſſ.* aut teſtamentum in ſcriptis recipere etiam ſollennitatem apertæ & explicitæ nuncupationis *d. l. iubemus 29. C. de teſtamen.* ad rem quicquam facit, vt ideò teſtamentorum toto genere diſtinctorum iura confundi oporteat. Differentia enim quæ eſt inter hæc teſtandi genera non tam ex adhibitis ſollennitatibus æſtimanda eſt, ſi adhibendi neceſſitatem tollas (nam quæ in teſtamento in ſcriptis, non eædem in teſtamento nuncupatiuo neceſſariæ ſunt aut contrà) quàm ex voluntate & electione teſtatoris: Qui ſicut vtram velit teſtandi viam eligere poteſt, ita vnam eligendo alteram ſibi præcludit neceſſariò, nec facere poteſt vt non ſe adſtringat ad certum illud genus teſtandi quod elegerit. Neque ſimile eſt quod ſuprà diximus de milite qui cùm poſſet teſtari iure militari, maluit teſtari iure communi: Quem conſtat non ideò

ſe adſtrinxiſſe ad genus illud teſtandi, vt ſi teſtamentum iure communi valere nequeat, ideò minùs iure militari defendatur. *d.l.3.de teſtam.milit.* Non enim contradictionem implicat vt quis velit iure communi teſtari, & in ſubſidium, ſi teſtamentum eo iure valere non poſſit, velit etiam teſtari iure militari, Quia teſtamentum militare non differt genere aut ſpecie à cæteris teſtamentis, ſed tantùm priuilegio, cùm omnia militaria teſtamenta neceſſe ſit vel in ſcriptis fieri vel ſine ſcriptis. At manifeſtam implicat contradictionem vt quis & in ſcriptis & ſine ſcriptis teſtari velit, quemadmodum pluribus à nobis probatum eſt *in Error.9.Decad.36.*

ERROR SEPTIMVS.

De poteſtate clauſulæ codicillaris in fauorem legitimi heredis, & cur minùs poßit clauſula omni meliori modo, vt teſtamentum ex ſcripto fiat nuncupatiuum.

OBIICIAT fortaſſe aliquis nec inſubtiliter, non minùs implicare contradictionem vt quis velit & teſtatus decedere & inteſtatus in totum, Nec eo minùs tamen poſſe fieri per clauſulam codicillarem, vt ſi teſtamentum valere non poſſit, defendatur voluntas ab inteſtato iure codicillorum, vt *in l. Lucius* 88. *aliàs l. codicillis §. vlt.de legat.2.l.1.D.de iur.codic.l.vlt.C.de codicill.l. generaliter.24.§.ex teſtamento D.de fideic.libert.l.1.C.eod.* Quidni ergo ſimiliter licebit facere ſaltem per adiectam expreſſim clauſulam *omni meliori modo* vt teſtamentum quod valere non poteſt tanquam teſtamentum in ſcriptis, valeat tamen iure nuncupatiui? Reſpondeo longè diſſimilem eſſe iſtorum rationem, quia etiamſi maximè quis teſtatus decedere velit, fieri tamen facilè poteſt vt inuitus decedat ab inteſtato, ſiue quod teſtandi facultatem & teſtium fortè copiam non habuerit vt *in l.conficiuntur* 8.*§.1.D.de iur. codic.* ſiue quòd aliquid omiſerit ex ſollennibus, Nemo enim facere poteſt quin leges in ſuo teſtamento locũ habeant *vulg.l.nemo poteſt* 55. *de leg.1.* Ideoq; prudenter facit paterfamilias, qui vt ſibi ſuæq; volũtati aduerſus tale periculum proſpiciat adhibet in teſtamento clauſulam codicillarem, vt in eum caſum quo teſtamẽtum non valeat, etiam ab inteſtato, & eo quo fieri poteſt modo, voluntas conſeruetur. Quod cùm facit non ideò tamen moritur inteſtatus, quia voluit, ſed quia nullum condidit ſatis iuſtum teſtamentum. Neq; enim cuiuſquam voluntatem lex requirit vt is moriatur inteſtatus. Neque teſtator hîc voluntatem legis ad ſuam accommodat, ſed quod neceſſarium eſt, ſuam potiùs ad legis voluntatem. At nemo ſiue in ſcriptis, ſiue per nuncupationem & abſque ſcriptis teſtatur inuitus, ſed is demum qui ſic voluit. Nec rurſus quemadmodum lex dat legitimum heredem inuito, ſi non priùs condito ritè teſtamento anteuertat ille poteſtatem legis, Ita dici poteſt, cuiuſquam teſtamentum aut in ſcriptis aut ſine ſcriptis fieri per legem, quamuis teſtamẽta omnia quoquomodo facta fuerint, neceſſe ſit, ad hoc vt valeant, confirmata per legem eſſe *l.lege obuenire* 130.*de verb.ſignific.* Teſtator enim ipſe eſt qui teſtatur & teſtando legem facit, non lex quæ ſubſequitur tantùm & confirmat iuſtam defuncti voluntatem. Vnde fit vt teſtamentum, quod quis facere

voluit

Digitized by Google

voluit aut in ſcriptis, aut ſine ſcriptis, lex confirmet eo tantùm iure ac modo, quo factum eſt: non alio quo factum non eſt, licèt fieri potuerit, tametſi hoc quoque teſtator velle ſe expreſſerit. Debétque ſibi teſtator imputare, ſi cùm ſciret aut ſcire deberet, nullam ſe niſi ex legibus teſtandi facultatem habere, aliter tamen teſtatus eſt quàm teſtari ex legibus debuit, ſiue in ſcriptis, ſiue abſque ſcriptis teſtari volúerit. Non enim vtroque modo teſtandi facultatem habuit à lege, vt vtroque teſtamenti genere ſiue coniunctim, ſiue diſiunctim vteretur, ſed vt eligeret, atque vt eligendo ad certam illam & electam teſtandi ſpeciem ſe adſtringeret, exemplo eius, quod de variis actionibus legatorum nomine legatario conceſſis ſcriptum eſt *in l. cùm filius 76. §. variis de leg.* 2. Non ea mente datas eſſe legatariis plures actiones vt pluribus ſimul vti poſſint, ſed tantùm vt laxior eis facultas agendi ſit, poſſintq; ex vna quæ interim fuerit electa, legatum petere. Nam nec neceſſitas vlla eſt permittendi vt quis poſſit iiſdem verbis & in ſcriptis & ſine ſcriptis teſtari, cùm apud ſe priùs deliberare ac inſpicere debeat, qui teſtaturus eſt, an ſollennitates omnes adhibere poſſit quæ in hoc, aut in illo teſtandi genere deſiderantur, & vtromodo teſtari magis ſibi expediat. Quis enim cogebat eum teſtari in ſcriptis, ſi videbat poſſe ſe tutiùs teſtari ſine ſcriptis & per nuncupationem? An non ſatis eſt, patère illi viam quam ipſe elegerit? *l. ſi mulier 21. §. vlt. D. quod met. cauſ. l. vlt. C. de codicill. l. quod in herede 9. §. eligere, D. de tribut. act.* Proinde non tam vtitur poteſtate ſibi à legibus data, quàm abutitur is, qui expreſſim profitetur teſtari quidem velle ſe in ſcriptis, ſed ita tamen vt ſi eo iure teſtamentum valere non poterit, valeat iure nuncupatiui, aut etiam contrà. Nec eſt quod talem voluntatem lex confirmet eius hominis cui leges ipſæ ludibrio eſſe videantur *arg. l. vlt. §. vlt. C. de bon. quæ liber.* quique inuocando leges vt eo modo quem elegerit ſiue in ſcriptis, ſiue per nuncupationem teſtari poſſit, leges tamen contemnat, non adhibendo eas ſollennitates quas adhiberi leges volunt ab omnibus, qui eo modo teſtantur *arg. l. auxilium 37. in fin. D. de minor.* Denique quoties de teſtamentis agimus quæ non à ſola teſtatoris voluntate, ſed à legum authoritate potiſſimùm pendent, non tam inſpiciendum eſt quid teſtator voluerit, quàm quid ſecundum leges velie & potuerit & debuerit. Nec ipſi diffitentur interpretes, Non poſſe quem ita velle teſtari ſimul & in ſcriptis & ſine ſcriptis, vt vtroque iure teſtamentum defendatur. Nos verò hoc tantùm addimus, Non poſſe fieri ne quidem ex teſtatoris expreſſa voluntate, vt teſtamentum tanquam in ſcriptis factum ſi eo iure non valeat, ſuſtineatur tanquam nuncupatiuum, Aut è conuerſo vt quod quaſi nũcupatiuum factum eſt defendatur iure teſtamenti in ſcriptis eo caſu quo eueniat ex aliqua cauſa ne iure nuncupatiui valere poſſit, Alioqui eſſent ſtulti teſtatores omnes qui præfarentur ſe hoc vel illo modo teſtari velle, cùm eſſet ſemper tutius, vtroq; teſtari, Et parùm prouidi fuiſſent prudentes noſtri veteres qui ex duplici illo teſtandi genere ſpeciem vnam teſtamenti expeditiorem & tutiorem nõ induxiſſent quemadmodum ex triplici iure, legis ſcilicet duodecim tabularũ, Edicti prętorij, & conſtitutionum Imperialium ius teſtandi in ſcriptis compoſuerũt teſte Iuſtiniano noſtro *in Titulo De teſtam. ordin.* Sed animaduerterũt illi prudẽtiſſimè, Ridiculũ eſſe teſtatorẽ & indignũ planè cui faueatur qui electa vna teſtãdi via, ſubinde ad aliã decurrat, quãuis nõ niſi ſub illa cõdicione, ſi contingat teſtamentum nõ valere eo iure quo teſtari voluit: Cùm non

niſi per eũ ſtet quominùs valeat eo iure ſcilicet quia nõ adhibuit requiſitas ſollennitates quas adhibere vtique potuit, Nam ſi nõ potuit, tantò indignior eſt cui ſubueniatur, non ob id ſolùm quòd ex legibus contra leges teſtari voluerit, ſed etiam quòd cùm aliam teſtandi viam quæ ex legibus obuia patebat, eligere primùm poſſet, neglexit tamen, & aliam ſibi præcluſam fruſtra eligere maluit. Planè ſi poſt electam teſtandi viam vnam, vt puta in ſcriptis, malit poſteà teſtari per nuncupationẽ quaſi mutata volũtate, Non negamus id ei licere, ſed alio in eam rem teſtamento opus eſſe contendimus. Nec niſi vnum & idem numero teſtamentum & tanquam in ſcriptis & tanquam nuncupatiuum valere nullo modo poſſe defendimus.

ERROR OCTAVVS.

De clauſula Omni meliori modo, *an ſuppleat omnes defectus ſollennitatis, & incapacitatem teſtantis.*

EX iis quæ proximè diximus, apparet quàm falſum ſit quod omnes interpretes noſtri non ſolùm pro vero, ſed etiam pro indubitato habent, Teſtamentum quod tanquam ſollenne & in ſcriptis factum ſit ſi eo iure ob aliquam ſollennitatem omiſſam valere non poſſit, defendi tanquam nuncupatiuum, cùm in eo appoſita eſt clauſula *Omni meliori modo.* Quod ex aliorum nõ minùs quàm ex ſua ſententia tradit Mantica *lib.* 1. *De coniect. vltim. volunt. tit.* 7. *num.* 4. Nam ſi ne tum quidem fieri hoc poteſt cùm teſtator expreſſim cauit, vt valeret teſtamentum tanquam nuncupatiuum ſi tanquam in ſcriptis valere non poſſet, propter incompatibilitatẽ nimirum iuris ac voluntatis, quemadmodum modò diſputauimus, Quantò minùs admittendum eſt vt hunc effectum habere poſſit clauſula illa *Omni meliori modo*, quæ nihil tale continet niſi per interpretationem? Prius enim eſt vt quæramus An poſſit teſtator aliquid velle, quàm vtrum id ipſum voluerit aut dixerit. Certum autem eſt neque clauſulam illam *omni meliori modo*, neque codicillarem, aut alias huiuſmodi ſi quæ ſunt ſupplere poſſe defectum voluntatis, ſed tantùm ſollennitatis vt tractant noſtri *ad l. Lucius* 88. *aliàs l. codicillis* §. *vltim. de leg.* 2. & *ad l.* 1. *D. de iur. codicill.* ſiue voluntas deficiat ex parte teſtantis, ſiue propter prohibitionem iuris tali voluntati reſiſtentis. Nihil enim eſt quod minùs velle quis dici poſſit, quàm quod etiamſi maximè velit, velle tamen non poſſit, cùm id omne quod lex fieri prohibet pro impoſſibili habeatur *l. filius* 15. *D. de condic. inſtitut.* Sed neque ſollennitatum omnium defectum ſupplere poſſunt huiuſmodi clauſulæ. Nam & interpretes ipſi fatentur poſt Bartol. *ad leg. illud* 13. §. *tractari. D. de iur. codicill.* nunquam ex iis ſuppleri defectum ſollennioris voluntatis. Finge teſtatorem qui id agebat vt per nuncupationem teſtaretur, expreſſim diſpoſuiſſe vt omni meliori modo valeret teſtamentum, ſi iure nuncupatiui valere non poſſet. Non idcirco poterit defendi tanquam teſtamentum in ſcriptis, nec ſi ponas omnes in eo ſollennitates interueniſſe, quæ in teſtamento in ſcriptis interuenire debuerunt, ſolámque heredis nun-

cupationem

Digitized by Google

nuncupationem defuiſſe quæ in teſtamento nuncupatiuo tam neceſſaria, quã in teſtamento ſollenni ac in ſcriptis non neceſſaria eſt: Nimirum quia longè maior ſollennitas in teſtamento in ſcriptis quàm in nuncupatiuo requiritur, nec credibile eſt teſtatorem qui huiuſmodi clauſulam adiecit vt ſollennitates ſuppleret quarum defectum in eo actu verebatur, cogitaſſe de alia voluntatis ſpecie quæ plures maioréſque ſollennitates exigeret. Quod in codicillari clauſula minorem certè habet dubitationem. Huius enim clauſulæ nomen ipſum oſtendit non aliam eſſe voluntatem eius qui in ſuo teſtamento eam adhibet, quàm vt ſi teſtamentum valere non poſſit iure teſtamenti, defendatur iure codicillorum: & conſequenter iure voluntatis minùs ſollennis, cùm nullam iuris ſollennitatem codicilli deſiderent, niſi quod numerum quinque teſtium requirunt poſt Theodoſij conſtitutionem *in l. vlt. C. de codicill.* quæ hoc ius primùm induxit, à Iuſtiniano poſteà confirmatum *in l. cùm antiquitas 28. ad fin. C. de teſtam.*

ERROR NONVS.

De codicillis factis per nuncupationem.

ILLVD quoque, ni fallor, à Theodoſio inductum eſt *in dict. leg. vlt.* quòd poſſint codicilli fieri tam ſine ſcriptis quàm in ſcriptis, cùm toti iuriſprudentię veteri fuiſſet incognitus vſus & inauditum nomen codicillorum ſine ſcriptis & per nuncupationem factorum, vt iam in præcedentibus non ſemel diximus, repugnante ſcilicet nomine ipſo codicillorum propriáque nominis ſignificatione: Quia codicilli ex tabulis cera illitis fiebant, ſic dicti quaſi per diminutionem quòd breuiores eſſent codicibus vt in ſinu geſtari poſſent, & ad differentiam teſtamentorum quæ in tabulis grandioribus ſcribebantur, vt notat Franciſc. Hotom. *ad inſtit. tit. de codicill.* Vt proinde tam ineptum ſit dicere Codicillos aliquos fieri ſine ſcriptis & per nuncupationem, quàm ſi quis non teſtamenta ſed teſtamentorum tabulas diſtingueret in eas quæ in ſcriptis fierent, & eas quæ ſine ſcriptis & per nuncupationem. Quod omnino ridiculum eſſet. Tabulas enim teſtamenti quoties dicimus, teſtamentum in ſcriptis ſemper intelligimus: Nunquam verò teſtamentum nuncupatiuum, quippe quod tabularum vſum non modò non exigit, ſed nec admittit. Ideóq; nimirum Marcianus *in l. Diui 6. §. codicillos eod. tit. de iur. codicill.* monet non eſſe neceſſe codicillos ſcribi manu ipſius codicillantis, vt ſignificet neceſſe tamen eſſe vt ſcripti ſint. Et *in l. 3. eod. tit.* bene Vlpianus, *plerique pagani ſolent*, inquit, *cùm teſtamenta faciunt per ſcripturam, adiicere velle ſe hoc etiam vice codicillorum valere.* Cur verò *per ſcripturam?* niſi quia teſtamentum nuncupatiuum cùm fiat ſine ſcriptura non poteſt valere iure codicillorum qui ſcripturam omnimodo Vlpiani temporibus exigebant. Ideoque dubitandum non eſt quin hodie poſſit is quoque qui per nuncupationem teſtatur adiicere clauſulam codicillarem, poſtquàm Theodoſio placuit vt etiam ſine ſcriptis fieri codicilli poſſint. Sed & illud noui à Theodoſio inductum eſt *in d. l. vlt. in fin. C. de codicill.* vt quinque teſtes illos quos in codicillis adhiberi voluit, cùm anteà nulli requirerentur eodem tempore adeſſe & inter-

Digitized by Google

uenire neceſſe ſit, adeóque ſubſcriptiones ſuas accommodare cùm codicilli in ſcriptis fiunt: Ad exemplum ſcilicèt teſtamenti in ſcriptis. Poſt quam cõſtitutionem negari ſanè non poteſt quin aliquam eámque ſatis magnam ſollennitatem ordinationis codicilli deſiderent, præſertim ſi in ſcriptis fiant, nec ſatis mirari poſſum quod in contrarium Iuſtinianus ſcribit *in §. vlt. Inſt. de codicill.* Niſi quòd toto illo tit. tractat de codicillis accommodatè ad ius vetus, quod haud dubiè tale erat vt nulla penitus ſollẽnitas in codicillis præter ſcripturam exigeretur, dummodo ſcripturæ fides conſtaret: nec meminit conſtitutionis Theodoſianæ quæ prima, vt diximus, hoc ius nouum fecit. Vtut ſit illud etiam hodie verum manet longè minorem ſollennitatem in codicillis requiri quàm in teſtamento ſiue in ſcriptis, ſiue nuncupatiuo, ſiue numerum teſtium reſpicias, qui maior in teſtamentis adhibendus eſt, ſiue qualitatem, cùm neque maſculos, neque rogatos eſſe in codicillis neceſſe ſit, quomodo in teſtamẽtis. Itaq; tametſi nõ poſſint hodie codicilli opponi teſtamento tanquã voluntas non ſollẽnis ſollenni, vt olim, opponi tamen poſſunt tanquam voluntas minùs ſollennis magis ſollenni. Quod ſufficit vt per clauſulam codicillarem poſſit iure codicillorum conſeruari voluntas, quæ teſtamenti iure defendi non poteſt: Siue ex teſtamento aliquo præcedente, ſiue ab inteſtato tantùm codicilli facti videantur.

ERROR DECIMVS.

In quo potentior ſit clauſula Omni meliori modo, quàm codicillaris, aut in quo infirmior.

NEQVE minorem clauſulæ *omni meliori modo* poteſtatem eſſe fatendum eſt, ad ſupplendum ſollennitatis defectum, hactenus vt voluntas ſollennior quæ tanquam talis valere non poteſt, ſaltem tanquam minùs ſollennis conſeruetur. Imò plus poteſt clauſula *omni meliori modo* hac parte, quàm codicillaris, quoniam codicillaris ſi ſola ſit nec aliam comitẽ habeat, quomodo habet plerumque ex hodierno ſtylo notariorum, nihil aliud facere poteſt niſi vt teſtamentum conuertatur in codicillos, & inſtitutio directa in fideicommiſſum. At illa *omni meliori modo* poteſt voluntatem conſeruare etiam iure donationis cauſa mortis ſi eo iure poſſit valere voluntas, quæ nec codicillorum iure valere poſſet. Quod tamen quoniã demùm caſu contingere poſſit, difficile videtur dicere. Siquidem nec minore quàm quinque teſtium numero vnquam contẽta eſt donatio cauſa mortis, ſi noſtris credimus *ad leg. vlt. C. de donat. cauſ. mort.* & hoc amplius exigit præſentiam donatarij quam codicilli non requirunt *l. inter mortis 38. D. eod.* Quomodo igitur fieri poteſt vt iure donationis cauſa mortis valeat illa voluntas, quæ nequeat valere iure codicillorum? Maximè verò cùm placeat mortis cauſa donationem non minùs quàm codicillos ſpeciem vnam conſtituere vltimæ voluntatis. *ex d. l. vlt. C. eod.* Sed habent interpretes quod reſpondeant, allato exemplo de filiofamilias teſtante cum authoritate & con-

Digitized by Google

conſenſu patris. Nam conſtat non poſſe huiuſmodi teſtamentum valere iure teſtamenti quia lex duodecim tabularum, quæ teſtandi facultatem ciuibus romanis dedit, de ſolo patrefamilias non etiam de filio familias locuta fuit *l. qui in poteſtate 6. D. qui teſtam. facer. poſſ.* Nec rurſus iure codicillorum, quia certum illud quoque eſt non alium poſſe codicillos facere quàm qui teſtari etiam poſſet *l. Diui 6. §. codicillos l. conficiuntur* 8. § *codicilli D. de iur. codicil.* Et tamen volunt omnes defendi hanc filij familias voluntatem iure donationis cauſa mortis, non ſolùm ſi filiusfamilias teſtator id nominatim expreſſerit, qui caſus minorem aut potiùs nullam penitus dubitationem apud eos habere creditur, ſed etſi ſimpliciter & generaliter diſpoſuerit vt valeat teſtamentum omni meliori modo, ſi tamen concurrant cætera quæ ad mortis cauſa donationem neceſſaria exiſtimantur, id eſt ſufficiens numerus teſtium & præſentia donatarij. Quòd ſi ita eſt, latiùs hercle patet clauſula *omni meliori modo* quàm codicillaris, de qua nemo dubitat quin ſupplere nequeat incapacitatem, quæ ſit in perſona teſtantis, vt tractant omnes *ad d. l. 1. D. de iur. codicill.* Nēpe quoniam, vt diximus, paris eiuſdémque poteſtatis eſt licèt diſſimilis voluntatis teſtamentum & codicillos facere poſſe. At ſecundum interpretes fieri poteſt donatio cauſa mortis etiam ab eo qui teſtari non poſſit: cùm extra omnem ſit dubitationem poſſe filium familias donare cauſa mortis ſi modò conſenſus patris accedat *l. tam is* 25 *§. filiusfamilias D. de mort. cauſ. donat.* Mihi tamen traditio hæc non modò ſuſpecta, ſed etiam falſa ſemper viſa eſt. Nec enim magis fieri poſſe arbitror, vt ſiue filius familias, ſiue quiſquis alius teſtari non poteſt, poſſit donare cauſa mortis, quàm decedere cū codicillis aut alia qualibet vltima voluntate, nec ſi interueniat conſenſus & authoritas patris: Quia cùm vltima quælibet volūtas egeat legis confirmatione ad hoc vt poſt obitum diſponentis valere, atque effectum habere incipiat, nulla poteſt eſſe hac parte inter vltimas voluntates differentia, ſempérque verum eſt nulla vnquam lege permiſſum eſſe filiofamilias vt poſſit decedere cum aliqua ſpecie vltimæ voluntatis. Et longè alia Iureconſulti ſententia eſt *in d. §. filiusfamilias*, vbi non de alia donatione tractat, quàm quæ facta ſit à filiofamilias ex peculio profectitio de conſenſu patris, ac proinde quæ non tam à filio ipſo mortis ſuæ cauſa, quàm à patre mortis cauſa filij facta eſſe videatur, quemadmodum pluribus à nobis tractatum, & comprobatum eſt *in Error. 7. & ſeq. Decad.* 43. Non igitur caſus vllus dari poteſt, in quo clauſula *omni meliori modo* magis quàm clauſula codicillaris ſuppleat incapacitatem teſtantis. Quinetiam ſi verum amamus, facilius eſt vt clauſula codicillaris quàm vt clauſula *omni meliori modo* conſeruet voluntatem iniuſto & inutili teſtamento declaratam. Qui enim vult teſtamentum ſuum valere omni meliori modo, vtique nihil aliud exprimit quàm vt teſtamentum valeat omni eo meliori modo quo teſtamentum valere poteſt, puta vt ſi non valeat iure communi valeat iure militari, *vt in l. 3. D. de teſtam. milit.* aut ex alio priuilegio, fortaſſis teſtamenti inter liberos, aut ruri, aut peſtis tempore facti. Itémque ſi interpretibus noſtris plus quàm iuris rationi tribuas, Vt teſtamentum ſollenniter & in ſcriptis conditum ſi eo iure valere non poſſit valeat tanquam nuncupatiuum, vtrumque enim teſtamentū eſt, nec niſi teſtandi modo & iure iſta differunt. Cæ-

Digitized by Google

terùm vt is qui teſtamentum ſuum omni meliori modo valere voluit illud etiam voluiſſe videatur vt valeat iure codicillorum,ſiue ex teſtamento, ſiue ab inteſtato factorum,non magis fieri aut dici poteſt,quàm vt teſtamentorum & codicillorum nomina iuráque confundantur:quod nunquam ferendum eſt *l.ſi idem 7.C.de codicill.§.codicillos inſt.eod.* At is qui in teſtamento nó ſatis ſollenni clauſulam codicillarem adhibet non ſolùm apertiſſimè ſed etiam aptiſſimè ſignificat velle ſe non modò teſtamentum facere, verùm etiam codicillos,ſi teſtamentum eo teſtamenti iure quo factum eſt valere nó poſſit:In quo nihil abſurdi aut contradictionis eſt,niſi fortè cum interpretibus noſtris tam malè loqui velis vt dicas,teſtamentum ſuſtineri per clauſulam codicillarem,quaſi verò poſſit facere clauſula codicillaris vt teſtamentum valeat iure teſtamenti,ac non potiùs vt teſtamentum conuertatur in codicillos & inſtitutio in fideicommiſſum *l.quærebatur 19.D.de teſtam. milit. d.l.vlt.C.de codicill.* Quid ergo? Voluntas quæ teſtamento minùs ſollenni declarata fuerat,conſeruatur per clauſulam codicillarem, ſed iure codicillorú non teſtamenti,atque ita ſemper verum eſt euerti perindéque nullius momenti eſſe teſtamentum,in quo appoſita eſt clauſula codicillaris, acſi appoſita in eo non fuiſſet.Idque nos etiam alio huius Chiliadis loco iam docuimus.Quemadmodum & illud quod tamen hîc repetere non piget, non tantam vim eſſe debere huiuſmodi clauſularum,quantam eſſe volunt interpretes. Cùm vt plurimùm neque dictantibus teſtatoribus, neque ex ipſorum aperta expreſſáque voluntate teſtamentis inferantur, ſed ex notariorum ſtylo, non ſolùm etiamſi de eo nihil teſtator dixerit, ſed etiam quod abſurdius eſt, etiamſi talis teſtator proponatur qui clauſularum iſtarum, neque vim, neque vſum intelligat, quam vix notarij ipſi ſi paucos ex iis excipias bene percipiunt. Quomodo autem fieri poteſt vt ignorantis voluntas aliqua eſſe intelligatur? Quare non ſine cauſa ex ipſis quoque interpretibus plerique diſtinguunt An dictante ipſo teſtatore huiuſmodi clauſulæ inſertæ ſint,an ex ſtylo tantùm & de capite notarij,vt loquuntur,ſicuti diximus in ſuperioribus ex Mãtic.*li.1.De coniect. vlt.volunt.tit.7.num.*5.poſt Pariſ.*conſ.*19. *& ſubſeq.vol.*3. Grammat. *deciſ.*62. *num.* 72. Quamquam multò ſatius eſſet omnibus iſtis dubitationibus & diſtinctionibus viam præcludi, reuocato velut per poſtliminiú iure illo quod prudẽtum noſtrorum & Imperatorum temporibus ſemper obtinuit, vt non alia teſtamenta valerent quàm quæ vel in ſcriptis ſollenniter, vel apud acta, vel coram Principe facta eſſent, vel ſine ſcriptura quidem & per nuncupationem, ſed ita vt per ſollennem teſtium numerum, non vt paſſim hodie fit,per ſolam notarij ſcripturam,quamuis publici inſtrumenti fide munitam,quæcunque à teſtatore dicta & nuncupata eſſent,probari oporteret.

Digitized by Google

ANTONII FABRI I.C. SEBVSIANI SENATORIS SABAVDIENSIS, ET IN GEBENNENSIS DVCATVS AVDITORIO PRAESIDIS,

DE ERROR. PRAGMAT. ET INTERPR. IVR. DECAS LXX.

ERROR PRIMVS.

De negligentia heredis rogati reſtituere hereditatem. Ad l. mulier 22. §. ſed enim D. ad SC. Trebell.

ADMITTVNT quidem interpretes omnes, quòd veriſſimum eſt, heredem rogatum de reſtituenda hereditate non teneri de culpa leui, ſed tantùm de dolo, culpaq́; lata quæ dolo proxima ſit. Ita enim ex Neratio ſcribit Vlpianus *in l. mulier 22. §. ſed enim D. ad SC. Trebell.* vbi ex hoc infert ſi ſerui deceſſerint, vel aliæ res perierint, non cogi eum reddere, quod non habeat. Sed tamen errant vulgò in eo interpretando, quod ſequitur apud Vlpianum eodem loco, *Sed etſi cùm diſtrahere deberet non fecit, lata culpa, non leui, & rebus ſuis conſueta negligentia, huiuſmodi rei rationem reddet.* Sic enim pòſt Accurſium intelligunt, vt fideicommiſſario teneatur heres etiam illius negligentiæ nomine quam in rebus ſuis adhibere conſueuerit ſi modò ſit ea magna, propterea quod, inquit Accurſ. negligentia quæ in propriis rebus culpanda & reprehendenda, in alienis punienda ac coërcenda eſt, *l. ſi conſtante 24. §. ſi maritus D. ſolut. matrim.* Hoc verò primum eſt, in quo mihi videntur errare. Nam neque de magna magis quàm de leui negligentia Vlpianus ſupradictis verbis loquitur, Neque quantacunque negligentia ſit heredis in conſeruandis rebus hereditariis, eius rationem reddere vllam debet, ſi probetur æquè negligens in rebus ſuis. Leuis enim culpa illa eſt, ſi quis minorem quàm circumſpectiores homines diligentiam in rebus ſuis adhibere ſolitus, non minorem tamē in alienis quàm in ſuis adhibeat *§. item is cui inſt. quib. mod. re contr. obligat.* Nec repugnat Vlpianus *in d. §. ſed enim.* Sunt namque verba quæ retulimus ſic accipiēda, vt dictio *leui*, nō ad culpam referatur ad differentiam latæ de qua ſunt præcedentia, ſed ad negligentiam de qua ſunt quæ ſtatim ſequuntur, acſi ſcriptum eſſet paullò clarius *non leui negligentia, & rebus ſuis conſueta*, vt ſint iſta quodammodo ſynonima, Leuis

Digitized by Google

negligentia heredis,&,ea quæ ipſi in ſuis rebus conſueta eſt. Error Accurſij fuit quòd putauit verba illa *leui culpa*, appoſita eſſe vt latæ culpæ opponerentur, de qua dictū fuerat affirmatiuè per ablatiuos eos abſolutos *lata culpa*, quę diſtinguenda ſunt per virgulam ab iis quæ immediatè præcedunt *ſi cùm diſtrahere deberet non fecit*, ſupplendo *idq;* aut quid aliud ſimile vt appareat orationem eſſe adfirmatiuam, quæ ponat latam culpam, non quæ illam excludat. In hunc ſenſum, *ſi hoc ipſum quod non diſtraxit, cùm diſtrahere deberet, fecerit per latam culpam non per conſuetam rebus ſuis, id eſt per leuem negligentiam.* Nam & qui non facit quod facere debet, facit hoc ipſo contra id quod facere debet, vt eſt in iuris regula *l. qui non facit* 121. *De reg. iur.* Secundùm quam interpretationem nemo non videt adiectionem illam *& rebus ſuis, conſueta negligentia,* quam Accurſius accepit pro adfirmatiua, negatiuè ſumendam eſſe, cùm regatur ab ea ipſa negatione quæ præcedit dictionem *leui*, ac proinde hanc Vlpiani eſſe ſententiam, vt ſi heres ceſſauerit in diſtrahendis rebus hereditariis, quę poſteà perierunt, & ea ceſſatio non aliam cauſam habuerit, quàm quòd in ſuis quoque rebus ita negligens eſſe conſueuiſſet, non debeat huius culpæ rationem reddere, tanquam quæ non poſſit dici niſi leuis culpa & non lata, quantacunque fuerit negligentia. Sequitur apud Vlpianum *ſed etſi ædes vſtæ ſunt culpa eius, reddet rationem.* vbi benè additum eſt *culpa eius*, quia licèt vix ſit vt incendium fieri poſſit ſine culpa inhabitantium *l. 3. §. 1. de offic. præfect. vigil.* fieri tamen facilè poteſt ſine culpa patrisfamilias *l. ſi vendita* 10. *D. de peric. & commod. rei vendit. l. ſi modò nulla* 59. *de leg.* 1. Quo caſu non eſſet æquum teneri heredem ex facto & culpa fortaſſis ſeruorum hereditariorum, quos vendere aut permutare etiam vt meliores compararet, nec potuit nec debuit. Addit Vlpianus *Præterea ſi qui partus extant & partuum partus, quia in fructibus hi non habentur.* Hoc verò non habet dubitationē ſi cùm interpretibus ſic intelligas vt & partus & partuū partus venire debeant in reſtitutionē quia non ſunt in fructibus *l. vetus quæſtio* 68. *D. de vſufr. l. in pecudū* 28. *D. de vſur.* qui ſi in fructu eſſent, vtiq; in reſtitutionem non venirent *l. in fideicommiſſaria* 18. *D. ad SC. Trebell.* Sed cùm in toto hoc §. non de illo quærat Vlpianus quid veniat in reſtitutionem aut quid non veniat ex iis rebus hereditariis quæ extant, ſed è contrario ſi res hereditariæ aliquæ perierint an reſtituere debeat heres id quod non habet, & cuius culpæ rationem reddere, Facilè ſuſpicor mendum ſubeſſe in hoc verſic. & legendum *erant* pro *extant.* Hoc ſenſu vt ſi in hereditate partus aliqui erant, & partuum partus, qui deceſſerint aut alio modo perierint, cùm eos diſtrahere debuiſſet heres, & neglexiſſet non per leuem & rebus ſuis conſuetam negligentiam, ſed per culpam latam, eorum quoque nomine rationem culpæ reddere debeat. Ratio enim illa optimè congruit *quia in fructibus hi non habentur.* Nam ſi in fructibus eſſent, adeò pleno iure ad heredem pertinerent vt etiamſi per latam ipſius culpam periiſſent, nihil tamen eo nomine heredem præſtare oporteret, quandoquidem tametſi extarent, nihilomagis reſtituerentur *d. l. in fideicommiſſaria.* At quia non ſunt in fructibus, quemadmodum reſtituendi eſſent ſi extarent, Ita ſi perierint diſtinguendum neceſſariò eſt, an perierint lata culpa heredis an leui, vt priore caſu teneatur heres culpæ reddere rationem, quia ſi diſtraxiſſet non ęquè periiſſent eorū precia, *l. item ſi verberatum* 15. *in fin. D. de rei vendic.* Poſteriore verò caſu non teneatur. Cæterùm ſi ponas extare, nihil eſt de

quo

Digitized by Google

quo quæri poſſit an eius nomine rationem culpæ reddere heres debeat, de quo tamen ſolo Vlpianus hîc quærit. Subiicitur apud Vlpianum *ſed & ipſe ſi quem ſumptum fecit in res hereditarias, detrahet.* Quibus verbis ſignificat Vlpianus, præcedentia omnia eò tendere, vt heres oneretur, & in hoc primùm verſiculo incipere tractari de commodo heredis, vt ſciatur non quid præſtare debeat, ſed quid poſſit detrahere. Ex quo confirmatur tantò apertiùs verum eſſe, quod modò diximus, ſuperiorem verſiculum de iis partubus intelligendum non qui extent, ſed qui extare deſierint poſt neglectam lata culpa eorum diſtractionem. Qui enim extant licèt reſtituendi ſint fideicommiſſario, tanquam qui ſint in fideicommiſſo, hoc ipſo quòd non ſunt in fructibus, nullo tamen incommodo præſtantur, nec ſi potuerint & debuerint diſtrahi, culpa tamen aliqua in eo punitur, quia neque vllum ex ea culpa damnum fideicommiſſario contingit cui partus ipſi partúmque partus reſtituuntur. At cùm partus perierunt, quærendum neceſſariò eſt cui perierint, ac proinde an culpa aliqua heredis interceſſerit, & ſi qua interceſſit an talis ea ſit cuius rationem reddere heredem oporteat, id eſt an lata ſit an leuis. Porrò ſi quem ſumptum heres fecerit in res hereditarias, dubitari non poteſt quin æquum ſit, vt eum detrahat, id eſt vt tantò minus ex hereditate reſtituat. Nam & cuilibet iuſto poſſeſſori qui petitione hereditatis à vero herede conueniretur, idem tribuendum eſſet *l. ſi quid poſſeſſor 31. §. ſicut autem D. de hered. petit.* Hic autem plus quàm bonæ fidei poſſeſſor eſt cùm ſit heres & dominus, nec ſolùm ante, ſed etiam poſt reſtitutam quoque hereditatem *§. reſtituta Inſt. de fideic. hered.*

ERROR SECVNDVS.

De emendatione verſ. quod ſi ſine d. §. ſed enim, Et de ſumptibus factis ab herede ad conſeruandas res hereditarias ad l. vbi purè 19. §. vlt. ad SC. Trebell.

POSTREMVM quod in hoc §. ſequitur illud eſt *Quod ſi ſine facto eius prolixitate temporis ædes vſu adquiſita ſint, æquiſſimum erit nihil eum præſtare cùm culpa careat.* Hic autem verſiculus eſt qui mihi corruptiſſimus videtur, & interpretatione potiſſimùm indigere, ſimúlque emendatione. Primùm quia non ſine facto heredis acquiruntur alteri res hereditariæ, quæ vel vſucapiuntur, vel longa poſſeſſione acquiruntur. Facit enim aliquid heres, qui negligens eſt in vſurpanda vſucapione, quam vſurpare & interrumpere deberet *l. qui non facit 121. De regul. iur.* Adeò vt alienare dicatur is quoque qui patitur vſucapi *l. alienationis 28. de verb. ſignific.* Proinde, quæ ſecunda mea ratio eſt, aptari ad hunc caſum non poteſt ratio illa quam adfert Vlpianus vt probet nihil debere hoc caſu heredem præſtare, quòd culpa careat. Non enim culpa caret cui tanta támque damnoſa negligentia imputari poteſt, cùm potuerit & debuerit eſſe diligentior ad impediendam vſucapionem. Tertiò non poſſunt iſta ſimul ſtare vt ædes & prolixitate temporis & vſu acquiſitæ ſint. Vſu enim acquiſitas eſſe nihil aliud eſt quàm eſſe vſucaptas.

Vſucapio autem ſi ius Pandectarum inſpicias quod Vlpiani temporibus obtinebat, non prolixitatem temporis exigit ſed biennio concluditur, quod non magis prolixum quàm longum tempus dici poteſt. Nihil enim inter hæc diſtat, & vtroque nomine ſignificatur decennium inter præſentes & vicennium inter abſentes *l. ſuper longi* 11. *C. de præſcript. long. tempor. l. vnic. C. de vſucap. transform. iunct. l. ſi cum fideicommiſſa* 16. *§. Ariſto. D. qui & à quib. manum. liber. non fiant.* Rurſum ſi e contrario velis hunc locum intelligere de ædibus non vſucaptis ſed longa poſſeſſione acquiſitis propter verba illa, *prolixitate temporis*, facies vt non ſatis propriè ac partitè locutus ſit Vlpianus, cùm dixit eas vſu acquiſitas. Non enim ſicut per vſucapionem ita per longi temporis poſſeſſionem acquirebantur olim dominia, ſed tantùm exceptio ad elidendam vindicationem, quæ exceptio eam ob cauſam præſcriptio longi temporis appellabatur *d. l. ſuper longi & tot. ill. tit. De præſcript. long. tempor.* facit *l. penult. de mor. infer.* iunct. *l.* 1. *eod. l. ſunt perſonæ* 43. *de relig. & ſumpt. funer.* Primúſq; Iuſtinianus fuit qui contrarium ius induxit transformata vſucapione in longi temporis poſſeſſionem & vtriuſque iuribus permixtis *in l. vnic. C. de vſucap. transform.* His nimirum tot rationibus victus cogor dicere loqui Vlpianum in hoc verſic. de ædibus non vſucaptis aut longo tempore poſſeſſis, ſed ſola temporis prolixitate abſumptis, & pro *adquiſita* reponendum eſſe *abſumpta*, delendámque dictionem *vſu*, tanquam irreptitiam, additámque ad interpretanda priora illa verba *prolixitate temporis*, cùm vulgatæ lectionis mendum iam inualuiſſet, ac legi cœpiſſet *adquiſita* pro *abſumta*. Quaſi paria ſint ædes vſu acquiſitas eſſe, & temporis prolixitate abſumptas, quod tamen non ita eſt, vt diximus. Ceterùm emendato errore vulgaris lectionis, apparet nullius ſenſus eſſe dictionem *vſu*. Non enim vſu conſumuntur ædes, quæ prolixitate temporis collabuntur, ſed potiùs non vſu, cùm experientia quotidiana compertum ſit tantò faciliùs ædes corruere & fieri deteriores, quantò rariores ac pauciores ſunt, qui eas inhabitant. Opponit autem Vlpianus vſtis ædibus de quibus paullò antè dixerat, ædes collapſas ſola temporis vetuſtate: quam ædificiorum ætatem vocat Papinianus *in l. domus hereditarias* 58. *de legat.* 1. Et in vſtis quidem ædibus ponit Vlpianus diſtinguendum eſſe an culpa heredis incendium contigerit an non: Sed in collapſis vetuſtate ſola, indiſtinctè ait nihil debere heredem præſtare, quia culpa caret cùm factum ipſius nullum in eo interuenerit. Quæ ratio vt ſuprà attigimus, nullo modo aptari poteſt ad eum caſum, quo ædes acquiſitæ ſint per vſucapionem. Cùm in dubio ſit magis quod imputetur ei, qui rem hereditariam vſucapi paſſus eſt, quàm vt culpa omnimodo carere exiſtimetur. Quidni enim litem conteſtatus eſt & rem euicit, ne vſucapio compleri poſſet? Quare nec Accurſius ipſe hoc diſſimulare poteſt, qui diſtinguendum eſſe vult, An culpa heredis aliqua interceſſerit in eo quòd vſucapionem non vſurpauit, an nulla, Et rurſum vt caſum aliquem comminiſcatur, in quo ſit heres extra culpam, ſupponit impeditum fuiſſe illum de facto ne poſſet agere, quod prorſus diuinatorium & commentitium eſt, adeóque alienum à mente Vlpiani qui de eo herede tractat quem certum ſit culpa carere, quod non de alio dici generaliter & indiſtinctè poteſt, quàm eo qui paſſus ſit ædes collabi ſola temporis vetuſtate ſine vllo facto ſuo.

Nec

Digitized by Google

Nec enim huic imputari quicquam poteſt, ne illud quidem cur eas non refecerit, quas ponimus vetuſtate & prolixitate temporis tam caducas fuiſſe, vt nouas fieri facilius fuerit minúſque diſpendioſum, quàm refici corruentes. Alioqui ſi reficere ædes minore damno potuit, imputandum ei eſt cur neceſſarios in eam rem ſumptus non fecerit, ſi modò ex ipſa hereditate habuit, vnde faceret, cùm ſciret aut ſcire deberet ita ius eſſe vt qui in conſeruandis rebus hereditariis ſumptus facti ſunt ab herede ante reſtitutam hereditatem, imputentur heredi, hoc eſt ei computentur vt tantò minus reſtituere debeat cùm reſtituit hereditatem. Sic enim accipiendum eſt quod Paulus ſcribit *in l. vbi purè 19. §. vlt. eod. tit. ad SC. Treb.* Non quomodo accipiunt noſtri paſſim poſt Accurſium vt hi ſumptus damno cedant heredis, aut vt diſtingui oporteat, quomodo diſtinguunt ij omnes an ſumptus facti ſint in præſentem, an in perpetuam rei vtilitatem. *ex l. 3. §. nos generaliter. D. de impenſ. in reb. dotal fact.* Nam cùm ipſum *ſeruandi* & *conſeruandi* nomen habeat tractum temporis, adeò vt ſi teſtator eo vſus ſit, aptum exiſtimetur ad inducendum fideicommiſſum *l filiam 16. in fin. D. de aur. & argent. legat.* Conſequens eſt vt non poſſint dici ſumptus facti ad conſeruandas res hereditarias niſi qui facti ſunt ad perpetuam earum vtilitatem, quos proinde nunquam æquum eſt compenſari cum fructibus. Vt nec illos qui facti ſunt in rebus diſtrahendis quas diſtrahi oportuerit. *l. vlt. § in computatione C. de iur. delib.* Nec enim vlla præſens vtilitas eſt rerum quæ diſtrahuntur, niſi vt precium ex ea diſtractione redigatur. Quod porrò venit in fideicommiſſum *leg. planè ſi filium 94. §. 2. de legat. 1. leg. quidam i: 125. §. ſi quis filium in fin. ad* SC. Trebell. Et conſequenter ſumptus ad diſtrahendum factos, heredi à fideicommiſſario reſtitui oportet, tanquam quorum vtilitatem ſolus fideicommiſſarius non etiam heres ſentiat. Quemadmodum igitur in ſumptibus qui ad diſtrahendas res hereditarias facti ſunt, diſtinctio illa interpretum habere locum non poteſt An ad præſentem duntaxat, an verò ad perpetuam vtilitatem facti ſint, ita neque in iis quos heres ad hereditariarum rerum conſeruationem fecerit, cùm de vtroque ſumptuum genere ſimpliciter & indiſtinctè Paulus loquatur. Quare nec Accurſius in hac diſtinctione conquieſcit, ſed quaſi minùs ſibi ſatis faciens, aliam adfert quæ tamen longè improbabilior eſt, licèt ſollenne illi ſit eas poſteriores adferre quas probabiliores putat, niſi cùm aliud apertè ſcribit. Ait enim, heredem dixiſſe Paulum pro fideicommiſſario, quòd poſt reſtitutam hereditatem quamuis ille qui reſtituit heres remaneat, is tamen cui reſtituta eſt incipit eſſe heredis loco. *§. reſtituta inſtit. de fideicommiſſ. hereditat.* Et ita vult eundem ſenſum eſſe Pauli loquentis de herede, & Vlpiani loquentis de fideicommiſſario. Quod ſanè non modò improbabile eſt, ſed etiam ridiculum. Numquam enim adeò impropriè loquuntur Iureconſulti vt heredis & fideicommiſſarij nomina confundant, quæ non minùs iure quàm ſono verborum diſtinguuntur: Tum verò maximè cùm de herede tractandum eſt in comparationem fideicommiſſarii, aut de fideicommiſſario in comparationem heredis, vt *in d. leg. vbi purè §. vltim.* Addit idem noſter

Accurſius *ad d.§.ſed enim in fin.*vt probet carere culpa heredem qui paſſus eſt vſucapi antè reſtitutionem ædes hereditarias, ſimile eſſe quod Vlpianus ſcribit *in l.ſi quid poſſeſſor* 25.*§.penult.D.de hered.petit.*non poſſe imputari prędoni cur paſſus ſit debitores hereditarios liberari,vel pauperiores fieri. Sed ſunt iſta longè diſſimilia. Rationem enim idem Vlpianus eo ipſo loco ſubiungit,quòd non potuerit prædo conuenire debitores hereditarios cùm actionem ipſe non habuerit qui verus heres non fuit: quæ Papiniani etiam ratiocinatio eſt *in l.tutores* 39.*in princip.D.de admin.tutor.* At non idem dici poteſt de herede rogato reſtituere hereditatem.Hic enim poſt aditionem & ante reſtitutionem hereditatis cùm ſit heres verè ac dominus habet vtique vindicationem rerum omnium hereditariarũ per quam poſſit aſſequi vt res illæ hereditariæ ab aliis bona fide poſſeſſæ necdum vſucaptæ ſibi reſtituantur.Proinde ſi non agat,certè non caret culpa,cuius rationem illum reddere æquum eſt ſi ex ea negligentia contigerit vt poſtmodum vſucapio ante reſtitutionem compleatur: Niſi ſuppleas & diuines cum Accurſio, de facto,vt ipſe loquitur,impeditum fuiſſe heredem ne agere potuerit, quamuis de iure habuerit actionem. Quod etſi permittam tibi, nihil tamen aliud aſſequeris niſi vt cogas me fateri, Adhibendam eſſe hoc caſu diſtinctionem quam tamen fateare neceſſe eſt,ab Vlpiano adhibitam nullam fuiſſe. Sed de illo caſu quo negligens fuerit heres in conueniendis debitoribus hereditariis,ſeparatim tractandum eſt cap.ſeq.

ERROR TERTIVS.

De actione ſubſidiaria,quam dant interpretes contra debitores hereditarios liberatos tempore ex negligentia heredis ad l.ſi heres inſtitutus 70.*§.vlt.eod. tit. ad Treb.*

SI temporalis actio relicta ſit in hereditate quam heres inſtitutus alteri reſtituere rogatus eſt,tempus quo experiri heres ante reſtitutam hereditatem potuit imputabitur ei cui reſtituta fuerit,inquit Pomponius *in l.ſi heres inſtitutus* 70.*§.vlt.D.ad SC.Trebell.*Sẽſus eſt,nec is obſcurus,Currere tempus fideicõmiſſario etiam priùs quàm ſit ei reſtituta hereditas,& quamuis nulla ipſius propria negligentia ſit,imputari tamen ei negligentiam heredis. Ratio eſt, quia cùm heres antequàm reſtitueꝛit hereditatem,agẽdi facultatem habeat & quidem ſolus,non etiam fideicommiſſarius qui ante reſtitutionem ſicuti non habet res hereditarias in bonis nec eas alienare poſſet, ita nec actiones vllas exercere poteſt *l.ait prætor* 7.*§.quid ſit autem D.de iur. delib.*Non alterius quàm heredis negligentia vlla eſſe poteſt cuius rationem haberi oporteat in fauorem debitorum hereditariorum,qui temporali duntaxat actione tenentur,vt tantò citiùs liberentur,ne enim ratio vlla eſt, cur debitoribus hereditariis eripi debeat commodum præſcriptionis,quod ex lapſu tẽporis nanciſcuntur,cùm per eos non ſteterit quominùs eo tempore conuenti ſint

ti ſint ab herede,qui conueniendi poteſtatem habuit,licèt futurum ex eo ſit, vt fideicommiſſarius ignorans lædatur,qui ſcilicet tãtò minus temporis habiturus eſt ad eos poſt reſtitutam hereditatem conueniendos. Quamquam ſi poſt hereditatis reſtitutionem ipſe quoque negligens ſit in agendo, cùm ei ſuperfuerit tantum temporis quantum neceſſe fuit ad conteſtandam litem,& perpetuandam actionem:Erit ſanè quod ipſi quoque imputetur quare non fuerit diligentior, nec ipſi tenebitur heres ob priorem ſuam negligentiam quam purgare ipſe per diligentiam propriam ſi voluiſſet, vtique potuiſſet. Quid ergo ſi ante reſtitutam hereditatem totum tempus prætererit intra quod proponi potuerat, & debuerat hereditaria actio illa temporalis? Amiſſa erit actio non tantùm heredi ſed etiam fideicommiſſario, quia verum eſt dicere debitores tempore liberatos eſſe, nec alias actiones per hereditatis reſtitutionem tranſire poſſe in fideicommiſſarium, quàm quæ reſtitutionis tempore ſaluæ ſint heredi,in quarum numero ea eſſe non poteſt quæ iam tum ſit tempore ſublata. Idémque eſt ſi reſtitutæ hereditatis tempore ſuperſit actio,& aliquid temporis ad eam inſtituendam, ſed minus quàm neceſſe ſit ad litem conteſtandam ita vt fideicommiſſarius nõ propria negligentia ſed temporis anguſtia impediatur ne poſſit litem conteſtari,ſicque cogatur pati vt dies actionis exeat,vt *in l.ab hoſtibus* 15.§. *vlt.& l.ſeq.D.ex quib.cauſ.maior.* Non enim eò minus verũ eſt perire temporalem actionem cùm per debitores hereditarios nihil factum ſit quominùs ſiue ab herede,ſiue à fideicommiſſario conuenirentur,tametſi heredis ſolius nõ etiam fideicommiſſarij negligentia interceſſerit. Sed vtroque iſto caſu tenebitur fideicommiſſario heres,vt negligentiæ & culpæ ſuæ rationem reddat, perinde acſi ædes hereditarias culpa ſua vel igne abſumi, vel vſucapi paſſus eſſet,cùm & incendium & vſucapionem prohibere potuiſſet. Quod & Accurſius & cæteri omnes bene tradunt *ad d.§.vlt.ex l.mulier* 22. *§.ſed enim eod.tit.* de cuius ſententia & emendatione ſcripſimus in præcedentibus. Tenebitur autem heres non alia actione quàm ex fideicommiſſo,vt ſcilicet fideicommiſſum adhuc peti poſſit quaſi nondum reſtitutum,tametſi omnia reſtituta ſint præter actionem iſtam temporalem,vt euenit quoties aliquid deeſt reſtitutioni ex eo quod reſtituere heres debuit *d.l.ſi heres* 70.§.1.*l.debitor* 59.*verſi.neque fideicommiſſum eod.titul.* Atque in hoc,vt dixi, omnes interpretes conſentiunt. Sed quid ſi heres non ſit ſoluendo? Iidem putant dandam eſſe illo caſu actionem ſubſidiariam aduerſus debitores quamuis liberatos acſi nondum eſſent liberati, Actionem inquam vtilem & ex illa æquitate,Ne conſequantur illi lucrum ex negligentia heredis in præiudicium fideicommiſſarij. Sic enim Caſtrenſis quem cæteri ſequuntur *ad d.§.vltim.* vbi addit,quod magis eſt, idem admittendum eſſe ſi fortè ideò teneri heres non poſſit,quod non fuerit in culpa lata,cùm non niſi latæ culpæ nomine teneatur. Mouetur autem Caſtrenſis *ex leg.vltim. D. de eo per quem fact.erit* in cuius principio Vlpianus ſcribit ex illo edicto aduerſus eum qui dolo fecit quominùs quis in iudicium vocatus ſiſtat, in factum actionem competere quanti actoris interfuit eum ſiſti. In quo iudicio, inquit, deducitur ſi quid interierit actoris ob eam rem, Veluti ſi reus tempore dominium rei interim ſibi acquiſierit aut actione liberatus fue-

rit. Tùm ſubiicit *Planè ſi is qui dolo fecit quominus in iudicio ſiſtatur ſoluendo non fuerit, æquius erit aduerſus ipſum reum reſtitutoriam actionem competere, ne propter dolum alienum reus lucrum faciat, & actor damno adficiatur.* Mouetur etiam *ex leg. planè ſi filium* 94. §. 1. *de legat.* 1. vbi Iulianus tractans de eo qui hereditatem ex qua ſeruus eius inſtitutus erat, reſtituere alteri rogatus, cum ſeruum ante aditionem alteri vendiderat, quærit an hereditatem reſtituere cogendus ſit is, ad quem hereditas ex emptione ſerui heredis ſcripti peruenerit. Et ait compellendum eſſe ad fideicommiſſi reſtitutionem eum qui ſeruum ſuum heredem ſcriptum vendidit, cùm precium hereditatis quam reſtituere rogatus eſt, habeat. Is autem, inquit, ad quem hereditas ex emptione ſerui heredis ſcripti peruenerit, ex cauſa cogendus erit fideicommiſſum præſtare, id eſt, ſi dominus ille ſerui heredis ſcripti ſoluendo non erit. Mihi tamen neque vera videtur iſta Caſtrenſis & noſtrorum ſententia, neque ex ſupradictis locis bene probari. Quid enim poteſt imputari debitoribus hereditariis qui tempore liberati ſunt, vt poſt eam liberationem recidant in obligationem & adhuc conueniri poſſint, acſi non eſſent liberati? Aut quomodo fieri poteſt vt extincta & finita tempore actio reſuſcitetur? Scio tempus non eſſe modum tollendæ obligationis *leg. obligationum ferè* 44. §. *placet. D. de oblig. & act.* quo argumento videtur vti Accurſius *ad d. l. vlt. de eo per quem fact. erit.* Sed ſeparanda eſt hac parte obligatio ab actione. Obligatio quidem ſemel contracta non poteſt ipſo iure tolli & finiri tempore, quia nec ab initio poteſt obligatio conſtitui ad tempus vt ſcriptum eſt *in d. § .placet,* vbi ratio additur, quoniam id quod ſemel deberi cœpit non niſi certis & legitimis modis deberi deſinit, inter quos tempus non eſt. At actio temporalis finitur tempore ipſo iure, nec fieri poteſt vt poſt tempus ipſo iure competat, cùm ab initio eam legem, naturam, & condicionem habuerit vt certo illo tempore finiretur, puta ſi actio ſit redhibitoria ex edilitio edicto, vel prætoria quæ vel quia rei perſecutionem nõ contineat, vel qua alia ex cauſa ſit annalis vt actio de dolo *leg. in honorariys* 35. *de oblig. & action.* Alioqui dicendum eſſet, omnes actiones ſui natura & ipſo iure eſſe perpetuas, nullas verò temporales niſi ope exceptionis, quod falſum eſt. Sunt enim actiones quædam temporales, ſic dictæ quòd certo tantùm tempore viuant, poſt quod tempus cùm ſint mortuæ & peremptæ neceſſe eſſet illas reſuſcitari vt exerceri poſſent. Erant autem olim temporales ſolæ honorariæ, non etiam ciuiles, vt Iuſtin. ſcribit *in tit. de perpet. & tempor. action.* Hodiè verò etiam ciuiles, poſt *leg. 3. & 4. C. de preſcript. 30. vel 40. annor.* Cùm ergo temporales actiones, quæ relictæ ſunt in hereditate reſtituenda, finitæ & mortuæ reperiuntur, eo tempore quo reſtituitur hereditas, fieri certè nequit, vt fideicommiſſario vnquam vel competant, vel dentur, quandoquidem in eum tranſlatæ non ſunt per reſtitutionem hereditatis, non ob id ſolùm quòd transferri non poſſit actio quæ iam nulla eſt tanquam tempore finita & extincta, vt dixi, ſed etiam, quia cùm noſtri velint eam actionem non niſi in ſubſidium dari aduerſus debitores liberatos, & ita demùm ſi heres aut non ſit ſoluendo, aut in lata culpa eſſe non probetur, prius eſt vt contra heredem agi oporteat aut ſaltem agi poſſit, quàm vt de actio-

de actione iſta ſubſidiaria tractetur. Priùs ergo eſſet vt actio illa quæ contra heredem eo caſu competit, transferretur in fideicommiſſarium quàm vt tranſlata dici poſſet illa quam interpretes dant contra liberatos debitores. Atqui fieri non poteſt vt heres transferat contra ſe ipſum actionem vllam, præſertim quæ nõ competierit defuncto, & cui cauſam dederit negligentia heredis quam ille admiſerit poſt mortem defuncti adeóque poſt aditam hereditatem. Hereditariam enim actionem eſſe neceſſe eſt vt in fideicommiſſarium tranſlata intelligatur per reſtitutionem ex Trebelliano *l.1.l.ita tamen 27.§.qui ex Trebelliano ad SC.Trebell.* Adeò vt ſi quas actiones heres acquiſiuerit poſt aditionem, quamuis dependeant à cõtractu defuncti, & quas ideò in fideicommiſſarium tranſire æquum ſit, ſpeciali tamen ceſſione opus ſit ad eas transferendas: Non ſufficiente ſcilicet in eam rem poteſtate Senatuſconſulti, vt in eleganti ſpecie *l.ſi heres pecuniam 73.eod.* Ergo multò minùs fieri queat, vt per reſtitutionem ex Trebelliano tranſeat in fideicommiſſarium actio vlla contra hereditarios debitores, neque directa, quam ponimus tempore ſublatam eſſe, neque vtilis & ſubſidiaria, quia non eſt hereditaria; cùm non competat niſi ob negligentiam & egeſtatem heredis, qui nec ea cedere poteſt, cùm tantùm abſit vt ipſi poſſit dari, vt nec eam interpretes dent fideicommiſſario niſi in ſubſidium eius qua heres ipſe tenetur. Illud verò longè abſurdius eſt quod Caſtrenſis addit, æquè dandam actionem hanc ſubſidiariam aduerſus debitores hereditarios, ſi heres non fuerit in culpa lata. Etſi enim verum eſt non teneri heredem fideicommiſſario propter deperditas res hereditarias, aut deteriores factas niſi lata culpa interuenerit *d.l. mulier 22. §. ſed enim D. ad SC. Trebell.* Attamen tantò minùs æquum eſt ob negligentiam heredis teneri debitores iam liberatos cùm heres ipſe non teneatur. Nam licèt æquum eſſet teneri eos in ſubſidium vt noſtri volunt, hoc ipſum tamen quod dicimus teneri quem in ſubſidium non illud eſt, Ita demùm teneri ſi alius non teneatur, ſed hoc potiùs è contrario ita demum teneri ſi alius teneatur quidem, ſed efficaciter conueniri non poſſit, vel quia non ſit ſoluendo, vel qua alia de cauſa, vt in iis ipſis legibus quas pro ſua ſententia Caſtrenſis adducit, Id eſt *in l. vltim. D. de eo per quem fact. erit. & dicta l. planè ſi filium 94. §. 1. de legatis primo.* de quarum tamen ſententia & ratione paullò fuſiùs tractandum nobis eſt.

ERROR QVARTVS.

De ſententia & ratione l. vlt. in princip. D. de eo per quem fact. erit.

EX hoc edicto, inquit Vlpianus, aduerſus eum qui dolo fecit, quominùs quis in iudicium vocatus ſiſtat, in factum actio competit quanti actoris interfuit eum ſiſti: In quo iudicio deducitur ſi quid actor amiſerit ob eam rem. Veluti ſi reus tempore dominium rei ſibi interim adquiſiit, aut actione liberatus fuerit. Planè ſi is qui dolo fecerit quominùs in iudicio ſiſtatur ſol-

uendo non fuerit, æquum erit aduerſus reum ipſum reſtitutoriam actionem competere, Ne propter dolum alienum reus lucrum faciat, & actor damno afficiatur. Verba ſunt hucuſque Vlpiani, ex quibus ſolent noſtri more ſuo inferre generaliter, Actionem tempore amiſſam ſemper reſtituendam eſſe aduerſus eum qui ob alienam negligentiam liberatus eſt, ſi is qui negligens fuit, non ſit ſoluendo, Ne alioqui eueniat vt aliena culpa & negligentia ei noceat, cui nihil poteſt imputari. Quam tamen propoſitionem generaliter veram non eſſe apparet ſatis vel ex eo ſolo quod proximè diſputauimus in perſona debitoris hereditarij qui cùm non niſi temporali actione teneretur liberatus fuit tempore per negligentiam heredis, qui actionis tempus exire paſſus ſit ante reſtitutam hereditatem. Hũc enim negauimus poſſe vllo caſu conueniri à fideicommiſſario quamuis nullum habituro regreſſum aduerſus heredẽ negligentem, ſiue propter eius inopiam, ſiue quod ſit extra latã culpam, cuius ſolius nomine teneatur. Debet ergo ſupradicta Vlpiani ſententia & ratiocinatio ſpecialiùs intelligi, & ad eum caſum reſtringi quẽ Vlpianus tractat, aut ad alium ſimilem, id eſt, in quo reus, non tantùm lapſu temporis liberatus ſit, ſed etiam dolo malo alterius, & citra culpam eius qui agere potuit, quem lex ponit egiſſe, congruo tempore, ac tam opportunè vt actionis peremptionem impediturus fuerit, ſi reus qui in iudicio ſiſti debuerat, dolo alterius retentus non fuiſſet. Hoc enim caſu nemo non videt apertè iniquum eſſe vt in damno moretur actor cui nihil imputari poteſt, cùm ſuo tempore inſtituerit actionem, Itémque vt lucrum ſentiat reus ex dolo impedientis, quamuis non fuerit ipſe particeps doli. Quia dolus vnius alteri ſicut nocere non debet, ita neque prodeſſe. Prodeſſet autem, ſi reus iudicio exemptus adeò liberaretur tempore vt nullo caſu poſſet conueniri ab actore, nec ſi aliam indemnitatis conſequendæ rationem actor eſſet habiturus. Dices, Hac ratione ſi bona ſit, perinde poſſe defendi: Non debere igitur reum tempore liberari, quamuis doloſus ſit ſoluendo, Cùm non poſſit ei liberatio contingere quin lucrum hoc ipſo ſentiat ex dolo alieno, ac proinde quin dolus alienus ei proſit. Sed reſpondebo, Tum demum eſſe iniquum vt dolus vnius alteri proſit, cùm vtilitas quę ad alterum perueniret proximam & immediatam cauſam haberet à dolo alieno, Itémque cùm ex eo dolo alius damnum pateretur. Quid enim refert eius qui dolum paſſus eſt quod lucrum ex eo dolo aliquod ſenſurus ſit aduerſarius, ſi nullum ipſe ex eo damnum patiatur? Siquidem dici ſolet quod & veriſſimum eſt, id quod vni proſit nec alij noceat facilè permittendum & indulgendum eſſe *l. in creditore 38. D. de euict. l. 2. §. item Varus in fin. D. de aqua & aquæ pluu. arcend.* Atqui neutrum horum in propoſita ſpecie accidit cùm is ſoluendo eſt, qui dolo malo fecit ne in iudicio reus ſiſteretur. Nam ex vna parte verum eſt liberari reum ipſo iure, non tam quòd alius ille dolum admiſerit, quàm quia præterierit tempus intra quod exerceri actio & potuit & debuit: Et ideo licèt alicuius extranei dolus in ea re interuenerit qui amittendæ actionis cauſam dederit, Non idcirco tamen actio poteſt aut perpetuari aut in longius tempus extendi quàm ipſius natura, & cõdicio ferat. Proinde finiri eam tempore, & ipſo iure quaſi morte extingui neceſſe eſt: Nam & finiretur, etiamſi nullius dolo interueniente tempus præteriiſſet. Non ergo propter dolum immediatè finitur, ſed quia tempus eius præterierit, quamuis hoc ipſum quod tempus præterierit,

acciderit

Digitized by Google

acciderit propter dolum. Ex altera verò parte nullum ex eo dolo damnum patitur actor, ſi poſſit indemnitaté pleniſſimam conſequi ab illo, per quem factum eſt, quominùs reus in iudicio ſiſteretur. Æquè enim paratam actionem habiturus eſt aduerſus illum, imò paratiorem quàm aduerſus alium, qui in iudicio ſiſti debuit, cùm potuerit actio quæ tempore finita eſt longiorem habere, magíſque perplexam & implicitam facti quæſtionem. Igitur deficit hoc caſu æquitas quæ ſuadeat vt aduerſus reum tempore liberatum detur actio reſtitutoria, quamuis ita futurum ſit vt ex tertij dolo reus lucrum ſentiat, cùm non etiam illud concurrat vt ex eo dolo actor damno adficiatur. At cùm is qui dolum admiſit ſoluendo non eſt, æquitas maxima pro actore facit vt ei ſuccurrendum ſit per reſtitutoriam actionem aduerſus reum tametſi tempore liberatum: Sed non tam quòd dolum paſſus ſit à tertio, quàm quòd nihil ſit quod ei poſſit imputari, quæ res præcipuè fauorabilem eum reddit. Alioqui ſi ratio illa vnica ſufficeret ad reſtituendam actionem, quæ tempore finita eſſet, quòd tertij dolo ea peremptio actionis contigiſſet, eueniret procul dubio vt dolus ille tertij noceret reo, cuius ſcilicet liberationem impediret, dum id ageremus ne actori dolus idem noceret. Tam autem abſurdum & iniquum eſt nocere illũ reo, quàm actori, niſi cùm pro actore illud quoque concurrit, vt nihil ei queat imputari. Nam licèt ponas nec ipſi reo imputari quicquam poſſe, vt proinde par vtriuſque cauſa eſſe videatur, & conſequenter fauorabilior condicio rei quàm actoris ex vulgata iuris regula, Ideo tamen fauemus hac parte potiùs actori quàm reo, quòd certat actor de damno vitando, reus verò de lucro captando, cùm ſit ſpecies quædam acquiſitionis liberari ab obligatione & actione *l. ſi pupilli 66. in fin. D. de ſolut. l. ſpecies 11. in princip. D. de acceptilat.* Item quoniam aliter poſito iure, fieret, vt dolus tertij noceret actori, reo autem non tam noceret, quàm non prodeſſet. Reſtituta námque actione aduerſus reum qui propter dolum tertij fuit tempore liberatus, non ſit durior condicio rei quàm fuiſſet ante dolum admiſſum, ſed ea ipſa quæ tùm erat. Itaque nullum aliud ex ea reſtitutione actionis ſentit damnum, niſi quod impeditur ne lucrũ illud retineat, quod alioqui ex lapſu temporis quo finita erat actio percepiſſet. Nihil autem in eo abſurdi eſt, vt dolus tertij non proſit reo, cui non aliter prodeſſe poſſet, quàm ſi & innoxio & diligenti actori noceret. Id enim conſequens eſt iuris regulæ, quæ ait dolum vnius alteri neque lucro neque dãno eſſe oportere. Neque contrarium eſt quod ſuprà admiſimus, non eſſe iniquum vt aliquando etiam dolus vnius alteri proſit. Iam enim monuimus eo demum caſu admitti hoc poſſe, quo ſine alterius incommodo, & detrimento id fiat: Vt euenit cùm is, cuius dolo malo reus ſiſti prohibitus eſt, ſoluendo eſſe reperitur, ob ídque indemnitatem actori pleniſſimam præſtare poteſt. Enimuerò cùm debitores hereditarij liberati ſunt per negligentiam heredis qui temporalis actionis diem exire paſſus eſt, nihil tale eſt quod tractari poſſit. Nam cùm heres ille ſit qui ſolus agere potuit, & debuit ante reſtitutam hereditatem, ei verò poſſit imputari cur non egerit (actionum enim temporalium vtilia plerunque ſunt tẽpora, nec aliis currunt quàm qui agendi & experiendi poteſtatem ſcientes habuerunt *l. cùm ſex 55. D. de ædilit. edict. l. 1. D. de diuerſ. tempor. præſcript.*) nulla prorſus ratio eſt cur ei debeat reſtitui actio, nec ſi agere ille velit priuſquam

HHh

hereditatem reddat, puta quòd fideicommiſſi dies nondum ceſſerit, quia eſt quod ei imputetur: Adeò vt nec actio de dolo poſſit hoc caſu competere in eum qui dolum admiſerit, niſi in hoc ipſo admiſſus ſit dolus vt dies actionis exiret, *lege prima. §. idem Pomponius refert. D. de dolo. & §. penultimo eiuſdem legis.* Etſi autem non ſimiliter poteſt ratio hæc obiici fideicommiſſario, cui ſanè imputari nequit cur non egerit antè quàm actionem haberet: hoc ipſum tamen eſt quod facit vt tantò minùs reſtitutoriam actionem iſtam poſtulare poſſit; Cùm nec de eo quæri oporteat, An aliquid ei imputandum ſit, cur non egerit, qui agere etiamſi maximè voluiſſet, tamen non potuiſſet. Nec enim vllæ ipſi actiones competierunt, aut competere potuerunt, niſi ex die reſtitutæ hereditatis. Quam ob cauſam fatendum eſt, neque actionem vllam videri eum amiſiſſe, qui actionem illam finitam tempore nunquam habuit, *lege non videtur rem amittere 83. lege non poteſt videri 208. de regulis iuris.* Prius enim erat vt inciperet habere actionem, quàm vt eam habere deſineret, *lege Titio vſuſfructus 96. de conditione & demonſtratione.* Cur ergo, aut quo iure vel iuris colore poſſit fideicommiſſarius petere, vt ſibi reſtituatur actio, quam inops & egenus heres tempore, perire paſſus eſt, cùm eam ipſe non amiſerit? Quis vnquam audiit, reſtitutoriam actionem alij competere vel dari, quàm qui priſtinam amiſit? Non enim amiſſam eſſe actionem ſufficit vt reſtitui debeat, niſi ille ipſe amiſerit qui eam reſtitui petit. Et hoc ſanè eſt quod Caſtrenſem fefellit non animaduertentem, Aliud eſſe, Actionem ſimpliciter amiſſam dicere, Aliud verò amiſſam eſſe ab eo qui reſtitutoriam poſtulet: quod poſterius tamen omnino neceſſarium eſt vt locus fieri poſſit æquitati, quæ actionis reſtitutionem ſuadeat. Rurſum nemo dixerit eiuſmodi actionem hereditariam quæ finita ſit tempore ante redditam hereditatem reſtitui debere heredi qui eam amiſit, cùm debeat ille ſibi imputare cur amiſerit quam ſcilicet agendo, & ex ea litem conteſtando poterat perpetuare. Cùm igitur neque reſtitui poſſit heredi, quoniam in culpa fuit, nec damnum vllum ſentire videtur quod ex culpa ſua ſentiat: Neque fideicommiſſario qui nihil amiſit, prorſus conſequens eſt vt nihil in hac ſpecie de reſtitutoria actione tractari poſſit, vtque ratiocinatio illa Vlpiani *in dicta lege vltima, De eo per quem factum erit*, reſtringenda ſit ad eum caſum quo eueniret vt ex dolo tertij lucrum ſentiret reus & damnum actor, cui nihil imputari poteſt, ſi non ei actio reſtitueretur. Cæterùm non ſufficit quòd nihil poſſit imputari ei, qui reſtitutoriam actionem ſibi dari poſtulat, niſi & actor ipſe fuerit ante amiſſam actionem & ille ipſe actor qui eam amiſit, Quorum, neutrum conuenit fideicommiſſario de quo diſputamus poſt Pomponium *in dicta lege ſi heres inſtitutus 70. §. vltimo D. ad Senatuſconſultum Trebellianum.* quippe qui neque de facto egit, neque agere vllomodo potuit ante reſtitutam hereditatem, nec proinde actionem à ſe vllam amiſſam conqueri poteſt, qui nunquam eo nomine vllam habuit. Nullámne igitur querelæ cauſam habet, quaſi nihil amiſerit? Imò habet, quoniam aliquid amiſit, ſed habet contra heredem ipſum, qui amittendo actionem hereditariam, fecit vt tantò minùs eſſet in hereditate quam poſtea reſtituit, & in qua hodie temporalis illa

actio

Digitized by Google

actio inueniretur, adeóque perpetuata per conteſtationem aut ſaltem quod plus eſt actionis commodum & effectus ſi heres diligentior fuiſſet aut in agendo ad extorquendam condemnationem, aut in exigendo poſt ſecutam condemnationem: Ob ídque nimirum dicimus teneri heredem, Non vt cum reliqua hereditate reſtituat eam actionem quam amiſit per ſuam negligentiam (reſtituere enim non poteſt quod nec habet nec amplius eſt) ſed vt reſtituat hereditatem ipſam fideicommiſſariam, Quaſi nihil videatur reſtituiſſe qui non reſtituit totum id quòd hereditatis fuit *l. in fideicommiſſarii 18. l. debitor 59. verſ. neque fideicommiſſum eodem titulo*: Actio autem hæc fuit hereditaria & in hereditate mortuo teſtatore. Et quamuis verum ſit nihilomagis heredem retinere quicquam ex hereditate reſtituenda, cùm ei non minùs imò priùs quàm fideicommiſſario amiſſa actio ſit. Illud tamen etiam verum eſt, minus eum reſtituere quàm ab eo reſtitui teſtator voluerit, quámque hodie reſtitueret ſi negligens ille non fuiſſet. Sed ratio hæc ſolum heredem fideicommiſſario poteſt obligare vt indemnitatem ei præſtet ſi poſſit, non etiam debitorem hereditarium liberatum obſtringere vt mortuam actionem contra ſe reſtitui & reſſuſcitari patiatur, ob id ſolùm quòd heres qui præſtare indemnitatem deberet, non ſit ſoluendo. Cur enim ob inopiam heredis cogatur hoc pati debitor qui quod tempore liberatus ſit actione temporali, non ab ipſo herede habet, ſed à ſolo beneficio iuris quod actionem fecerat temporalem, quamuis negligentia heredis illa ſit quæ fecit vt præterierit tempus actionis, quod alioqui non fuerat præteriturum?

ERROR QVINTVS.

De actione reſtitutoria quam dat Vlp. in dict. l. vlt. De eo per quem factum erit. Et ad l. arbitrio 18. §. dolo cuius D. de dol.

QVÆRIT Accurſius *ad dictam legem vltimam D. de eo per quem factum erit*, An actio illa reſtitutoria quam Vlpianus ait competere actori, aduerſus reum ex tertij dolo liberatum ſi is qui dolo fecit non ſit ſoluendo, directa actio ſit, an vtilis. Et reſpondet primùm directam eſſe, poſtmodum ait eſſe vtilem. Bartolus verò vtramque opinionem defendi poſſe putat, ſed diuerſis caſibus: Nam cùm duos caſus ponat Vlpianus in quibus poteſt intereſſe actoris non fuiſſe impeditum reum quominùs iudicio ſiſteretur, Vnum ſi reus tempore adquiſiuerit ſibi dominium rei de qua agebatur, Alterum ſi tempore acquiſiuerit exceptionem, aut liberatus fuerit, Placet Bartolo, In priore caſu non poſſe reſtitutoriam actionem directam dici, quia cùm dominium rei per vſucapionem acquiſitum ſit reo, fieri nequit vt directa vindicatio quæ actori

priùs competebat, eadem poſt completam vſucapionem competat & eo tempore quo iam deſiit eſſe dominus: ne alioqui duo in ſolidum eiuſdem rei domini induci videantur, quod neque iuris neque naturæ ratio admittit. *vulg. l. in rebus 5. §. ſi duobus vehiculum D. commod. l. de hæreditate 19. §. 1. D. de caſtrenſ. pecul.* Poſteriore verò caſu directam eſſe reſtitutoriam actionem quippe quæ non fuerit ipſo iure ſublata & extincta tempore, ſed tantùm beneficio exceptionis, propterea quòd tempus non ſit modus tollendæ ipſo iure obligationis *l. obligationum ferè 44. §. placet D. de oblig. & action.* Diſtinctio apertè falſa eſt, & à iuris ratione aliena: ſicut & quæſtio ipſa ad quam huiuſmodi diſtinctio adhibetur. Neque enim actio reſtitutoria vlla eſt quæ non ſit vtilis, cùm omnes dentur à Prætore ex æquitate poſt veterem peremptam *l. ſi mulier 14. D. ad SC. Vellcian.* Nimirum perpetua eſt iuris illa regula, ſiue obligationem ſiue actionem ſemel extinctam nunquam reſuſcitari *l. qui res 98. §. aream D. de ſolut. l. ob eam cauſam 9. D. de præſcript. verb.* & quamuis reſtitutoria actio ſit eadem ſpecie cum illa quæ perempta fuit, non tamen eadem eſt numero nec qualitate. Nam quæ ſublata eſt directa fuit, aut eſſe potuit: At reſtitutoria non niſi vtilis eſſe poteſt: Ideóque prudentiſſimè à prudentibus noſtris dicta eſt non reſtituta ſed reſtitutoria. Reſtitutam enim qui diceret, quomodo interpretes noſtri ſi non dicunt, ſaltem intelligunt, eandem ipſam quæ anteà fuiſſet, ſignificaret, nec minùs eandem numero & qualitate quàm ſpecie, ſicut & quiſquis eam diceret reſuſcitatam: Proinde directa dicenda eſſet ſi anteà fuiſſet talis. Sed reſtitutoriam cùm dicimus, aliam numero & qualitate eſſe admittimus, eiuſdem licèt ſpeciei, & effectus. Et idcirco dici ſolent reſtitutoriæ actiones reſtituendę non reſtitutæ *d. l. ſi mulier.* nec competere, ſed dari *l. quamuis 8. §. Marcellus 9. eod. ad SC. Vellean.* Niſi cùm ex edicto aliquo & ex ipſius verbis dantur, vt *in l. cùm quis 38. §. ſi quis pro reo, penult. D. de ſolut.* Tunc enim poteſt dici reſtitutoria competere, ſcilicet ex edicto vt in ſpecie *d. l. vlt. verſ. planè. De eo per quem fact. erit.* Cæterùm reſtitutoriam actionem ſemper eſſe vtilem, nunquam directam, probari non obſcurè poteſt ex *d. l. quamuis 8. §. ſi mulieris verſ. planè ſi mihi. ad Vellcian.* vbi Vlpianus idem noſter, actioni reſtitutoriæ opponit directam. Ait enim, Si mulier quæ pro debitore meo apud me interceſſerat, ei ſucceſſerit poſſe eam reſtitutoria conueniri, ſed & directa, inquit, actione, nihil enim eius intereſt qua actione conueniatur. Quæ ratio etiam oſtendit reſtitutoriam actionem eiuſdem poteſtatis & effectus eſſe cuius eſt directa. Nam & cæteræ actiones vtiles omnes in effectu eandem poteſtatem habent, quam directæ, vt ſcriptum eſt *in l. actio 47. D. de negot. geſt.* Sed & in eo errat Bartolus quòd putat, Actionem temporalem, quæ tempore finita ſit, vſque adeò tamen ſaluam manere ipſo iure, vt & directa dici, & tanquam directa exerceri adhuc poſſit. Certiſſimum ſiquidem eſt, temporalem actionem ita finiri tempore vt nulla eius veſtigia remaneant poſt tempus elapſum, quod ab eo præſtitutum fuit, qui actionem illam primus induxit. Cùm enim ab initio ſic inducta, & comparata ſit, vt non niſi ad certum vſque tempus poſſet viuere, fieri certè nequit vt poſt illud tempus viuat, quin circumſcribatur edictum & mens prætoris, qui non alia lege actionem illam introducturus fuit. Exemplo eius quod Paulus ſcribit *in l. arbitrio 18. §. dolo cuius. D. de dolo*, Si alicuius dolo effectum ſit vt legitimis.

Digitized by Google

gitimis temporibus tranſactis lis pereat, de dolo dandum in eum eſſe iudicium non vt reſtituatur lis perempta, ſed vt tantum actor conſequatur, quanti eius interfuerit factum id non eſſe, Ne aliter obſeruantibus, inquit, lex circumſcribatur. Nempe quia deciperetur lex, & legis propoſitum ſi lis tranſacto eo tempore quod finiendis litibus per legem ipſam conſtitutum eſt, reſuſcitaretur. Quemnam enim effectum eo caſu haberet lex, quæ litem certo tempore, veluti certis finibus concluſiſſet? Eſſétque id ſanè legem imponere verbis non rebus, ſi lis quam ex vna parte lex peremptam voluiſſet, ex altera parte reſtauraretur. Neque debuit moueri Bartolus ex eo quòd tempus non ſit modus legitimus tollendæ obligationis. Aliud enim eſt de obligatione tractare, aliud de actione, nec quemadmodum dicimus, obligationem conſtitui ad tempus non poſſe *dict. §. placet l. obligationum* 44. *De oblig. & action.* Ita etiam bene quis dixerit actionem non poſſe dari ad tempus: Alioqui nullæ erunt actiones temporales. Nec rurſum de legitimis modis tollendæ actionis, tractandum eſt, cùm de temporali actione loquimur, Quandoquidem temporales actiones non aliæ ſunt quàm prætoriæ, licèt non omnes prætoriæ ſint ciuiles *Inſtit. De perpet. & tempor. action.* Sufficit igitur vt tempus ſit modus prætorius ad tollendam prætoriam actionem: quomodo prætorium eſſe certum eſt & ex eo conſtat quod quemadmodum obligationes, ita & ſeruitutes ex tempore aut ad tempus conſtitutas tuetur Prætor, quamuis iure ciuili ac legitimo ſeruitutes neque ex tempore, neque ad tempus conſtitui poſſint *l.4.D. de ſeruit.* Hodie verò poſtquàm ex poſteriorum Impp. in conſtitutionibus ciuiles quoque actiones, quæ ſui natura ſunt perpetuæ factæ ſunt temporales, *ex l.3. & 4. C. de præſcript.* 30. *vel* 40. *annor.* quæ nullam penitus actionem vltra triginta, vel ad ſummum quadraginta annos viuere patiuntur, fatendum eſt tempus eſſe legitimum etiam modum tollendæ actionis, tametſi præſcriptionis nomen conuenientius ſit ad exceptionem ſignificandam, quàm ad poteſtatem iuris in actione ipſo iure extinguenda demonſtrandam. Denique cùm admittat Bartolus reſtitutoriam actionem quam Vlpianus ait competere ex edicto aduerſus reum qui rem quæ vindicabatur medio tempore vſucepit, directam dici non poſſe ſed vtilem neceſſariò dicendam eſſe, quòd fieri nequeat vt directa vindicatio non domino contra dominum detur, Nihil certè cauſæ eſt cur eam quoque quam idem Vlp. ait competere in perſonam debitoris qui tempore interim liberatus eſt non vtilem eſſe dicamus. Cùm hos duos caſus ſic coniungat Vlpianus, vt nullam inter eos quod ad hanc reſtitutoriam actionem differentiam conſtituat: Vtraque enim æquè reſtitutoria eſt, vtraque ex æquitate datur, vtraque ex edicto Prætoris & à Prætore viuo. Quare & quod in priore ſpecie admittit Bartolus vtilem eſſe non directam reſtitutoriam quæ competit aduerſus reum poſt completam vſucapionem rei in iudicium deductæ, verum quidem eſt, ſed falſa ratione à Bartolo comprobatum. Nam idem eſſet tametſi non de vſucapione ageretur per quam transferebatur iam olim dominium iure Quiritium, cùm eſſet vnus ex modis ſex transferendi eo iure dominij, ſed tantùm de longi temporis poſſeſſione, quam certum eſt minoris in hoc poteſtatis fuiſſe, quòd per eam non dominium acquirebatur ſed tantùm exceptio aduerſus dominum vindicantem,

Digitized by Google

quæ idcirco longi temporis præſcriptio appellabatur: Vnde erat quod Vlp. reſpondit *in l.pen. de mort. infer.* longa poſſeſſione ius ſepulchri non tribui ei cui iure non competit. Nempe quia in interdicto illo *De mortuo inferendo* quæritur de iure dominij non vt in cæteris de ſola poſſeſſione *l. 1. eod. l. ſunt perſonæ 43. de relig. & ſumpt. funerum.* Adeò vt etiamſi poſt longi temporis præſcriptionem poſſeſſor iuraſſet fundum ſuum eſſe, non niſi vtilem eo nomine actionem habere poſſet *l. ſi duo 13. §. Iulianus ait. D. de iureiur.* Nam ſi poſt completam longi temporis præſcriptionem, actor, idémque dominus vindicationem directam exerceret, vtique poſſet ſummoueri præſcriptione longi temporis, nec aliter ei conſuli poſſet quàm data aduerſus exceptionem replicatione, aut quomodo Accurſius & Bart. intelligunt, reſtitutione in integrum ad tollendum obſtaculum exceptionis. Quorum neutrum conuenit Vlpiano. Aliud enim longè eſt, reſtituere actionem, aliud verò elidere exceptionem, ſiue per replicationem, ſiue per reſtitutionem. Nam exceptio ſupponit actionem. Neque verò tam reſtitutoria dicenda eſſet illa actio, quàm reſtituta vindicatio ſi ea ipſa eſſet actio quæ priùs competierat. Et tamen non reſtitutam actionem vocat Vlpian. ſed reſtitutoriam, ſic dictam, quòd reſtituat priſtinam obligationem, non quòd ſit ipſa actio reſtituta. Alioqui duplex actio neceſſaria fuerit, & reſtitutoria ad reſtituendam actionem, & actio ipſa reſtituta poſtquàm reſtitutio facta erit, quod tamen nuſquam proditum eſt. Nec etiam illud verum eſt quod putat Caſtrenſ. reſtitui actionem ipſo iure per edictum prætoris viui, ſine reſtitutione iudicis. Nam imò priſtina cauſa reſtituenda eſt, ſcilicet per prætorem viuum data in eam rem huiuſmodi actione reſtitutoria *d. l. ſi mulier 14. D. ad Senatuſconſultum Velleianum.* Rurſus obſeruandum eſt quod Vlpianus *in dicta lege vltima*, ait hanc reſtitutoriam competere, ſcilicet ex edicto, & conſequenter eſſe perſonalem non actionem in rem. Nec enim vindicatio dominij competit ex edicto, cùm ſit actio ciuilis non prætoria, Reſtitutoriæ verò omnes prætoriæ ſunt non ciuiles, *d. l. cùm quis 38. §. penult. de ſolut. d. l. quamuis 8. §. Marcellus D. ad Senatuſconſultum Velleianum d. l. arbitrio 18. §. dolo cuius D. de dolo.* Vbi quod ait Paulus, Actionem de dolo in ea ſpecie non dari ad hoc vt lis reſtituatur, ſed ad id quod actoris intereſt litem dolo malo aduerſarij mortuam non eſſe, Nihil aliud eſt quàm ſi diceret actionem illam prætoriam quidem eſſe, ſed non reſtitutoriam ac potiùs inſtitutoriam (quomodo loquitur Vlpianus in *d. leg. quamuis. §. ſi cum eſſem*, & loqui debuit Accurſius ad eum locum, vbi tamen *inſtitoriam* vocat, quo nomine quod magis eſt laudatur etiam à Cuiacio *lib. 16. Obſeru. capit. 27.*) Eſſet enim reſtitutoria ſi ad hoc daretur vt lis reſtitueretur, Nec tamen eo minùs eſſet prætoria, ſiquidem eſſet actio De dolo, quamuis prior actio ciuilis fuiſſet, vt eſſe proculdubio potuiſſet: An verò pugnat Paulus *in d. §. dolo* cum Vlp. *in d. l. vlt.* In eo quòd dat Vlpianus actionem reſtitutoriam, quam Paulus videtur denegare? Minimè: Dat enim Vlpianus reſtitutoriam actionem in reum, qui non poteſt conueniri de dolo, cùm ipſe dolum non admiſerit, Vt taceam quòd neque actio de dolo habet locum quoties alia actio reſtitui ex edicto poteſt *l. 1. §. ſed & Pomponius refert. D. de dolo.* Paulus verò dat actionem de dolo in doloſum ipſum non

Digitized by Google

non reſtitutoriam quia neque de actione amiſſa tractat,ſed de lite mortua, cuius odium nunquam patitur vt reſuſcitari poſſit. Adeò lites omnes ciuilis legiſlator execratur, Vt nos pluribus ad eum locum ſcripſimus in Rationalibus. An verò actio hæc reſtitutoria erit annalis omni caſu, id eſt tum quoque,cùm prior actio fuit perpetua, tanquam quæ reſciſſa vſucapione detur, vt putat Accurſ. *ex l. in honorariis 35. verſ. ſed cùm reſciſſa. D. de oblig. & action.* An potiùs erit eiuſdem naturæ cuius erat prima vt non finiatur anno, ſi prima erat perpetua: vt Caſtrenſis credidit? Sed magis eſt vt eiuſdem naturæ & condicionis eam eſſe dicamus, Niſi quòd ſemper vtilis illa eſt, nunquam directa, vt ſuprà diximus. Alioqui non eſſet verè reſtitutoria, ſi non reſtitueret in effectu talem actionem,qualis fuit illa quæ amiſſa eſt cùm integra omnis cauſa priſtina reſtituenda ſit *dicta lege ſi mulier. 14. D. ad Senatuſconſultum Velleianum.* Longéque alius tractatus eſt de Publiciana quæ reſciſſa vſucapione redditur de qua *in dicta lege in honorarijs*, & quam Paulus eo loco ait ideo finiri anno quia contra ius ciuile datur: Alius verò de actione reſtitutoria competente ex edicto prætoris, quæ cùm & rei perſecutionem contineat, & non contra ius ciuile detur, non poteſt anno finiri niſi cùm & prior actio finiebatur. Noua enim actio quidem eſt,ſed quæ tamen veteris naturam in omnibus retinet, prærterquàm in eo quòd ſicut vetus non eſt, ita neque directa eſt. Elegans verò in hanc rem & pro ſententiæ noſtræ confirmatione locus eſt apud Caium *in lege aliquando 13. §. de pignoribus eodem titul. ad Senatuſconſultum Velleianum*, vbi ſcribit ille, De pignoribus prioris debitoris non eſſe creditori opus noua actione, cùm quaſi Seruiana, quæ & hypothecaria vocatur, in his vtilis ſit, quia verum eſt, inquit, conueniſſe de pignoribus, nec ſolutam eſſe pecuniam. Quibus verbis quid apertius potuit ille ſcribere vt ſignificaret differre hac parte perſonalem actionem ab hypothecaria in eo quòd noua perſonali actione creditor indiget, non etiam noua hypothecaria, Id eſt reſtitutoria aliqua perſonali, nulla verò reſtitutoria hypothecaria. Ergo reſtitutoria noua actio eſt non vetus renouata.

ERROR SEXTVS.

De ſtipulatione interpoſita iudicio ſiſtendi cauſa: & cur non perpetuet actionem temporalem.

DE duobus ſolent noſtri quærere apud Vlpianum *in dicta lege vltim. D. de eo per quem factum erit.* quæ difficiliorem habent inueſtigationem: Primum eſt, Quomodo fieri poſſit vt reſtitutoria contra reum liberatum competat in illa ſpecie, cùm ex ſtipulatione Iudicio ſiſti & ex ſatiſdatione quæ eo nomine interponi ſolet, poſſit actor directam habere actionem ex ſtipulatu, non tantùm contra reum ipſum, ſed etiam contra eius fideiuſſorem,

Siquidem non remoratur actionem illam ex ſtipulatu, quòd reus detentus ſit à priuato atque ita impeditus, ne ſe iudicio ſtiterit. Adeò vt neque ipſi neque ipſius fide uſſoribus exceptio vlla eo nomine competat, dum ne à magiſtratu retentus ſit *lege 2. §. ult. & lege 3. D. ſi quis cautionem.* Alterum eſt, Qua ratione fieri queat, vt poſt interpoſitam ſatiſdationem Iudicio ſiſti, tollatur adhuc tempore actio, cùm per eiuſmodi ſtipulationem ſi non perpetuata actio, ſaltem præſcriptio interrupta eſſe videatur *lege conſtitutionibus 33. de regul. iur.* Ad priorem obiectionem non habet Bartolus quod reſpondeat, niſi vt dicat eum ab Vlpiano tractari caſum, in quo nulla fuerit interpoſita ſtipulatio nec ſatiſdatio Iudicio ſiſtendi, idque neceſſariò dicendum eſſe. Et idcirco reprehendit ille Accurſium qui ſcripſerat in rubr. illius tituli, Non eſſe locum edicto De eo per quem factum erit, quominùs quis in iudicio ſiſtat niſi poſt præſtitam ſatiſdationem Iudicio ſiſti. Sed pace Bartoli dixerim, meliùs hac parte vt & alias ferè ſemper, Accurſius ſenſit. Quænam enim actio poſſet ex edicto competere aduerſus eum per quem factum eſſet, quo minùs reus ſiſteret in iudicio, ſi nulla Iudicio ſiſti ſtipulatio præceſſiſſet? Eſtque vt videtur, contra Bartolum textus apertiſſimus *in §. vlt. dicta lege vltima,* vbi proponebatur interpoſita hæc ſtipulatio, nec eò minùs tamen admittit Vlpianus dandam actori actionem ex illo edicto contra eum per quem factum ſit quominùs reus iudicio ſtiterit, vt iam ante nos Caſtrenſis aduerſus Bartolum diſputauit. Quamquam ſi quis in Bartoli verba iurare vellet, facilè reſponderet, non tractari eo loco de actione reſtitutoria quam competere poſſe negat Bartolus ſi ex ſtipulatione Iudicio ſiſtendi cauſa facta poſſit agi, ſed de actione quæ prima edicti parte promittitur contra eum cuius dolo malo factum eſt, ne reus iudicio ſiſteretur: Quam non negat Bartolus dari omni caſu aduerſus impedientem, ſcilicet actori, ſi modo aliquid eius interſit. Nam reo impedito non datur indiſtinctè ſed ita demum ſi non ſit ille ex ea cauſa exceptionem habiturus contra actorem *lege 1. §. ſi reus. eodem titulo,* quam porrò nunquam habet cùm à priuato impeditus eſt, ſed tùm demùm, cùm à magiſtratu *dicta lege 2. §. vltimo, & lege 3. D. ſi quis cau tion.* Nempe quia nec rei quicquam intereſſe videtur, cùm habet exceptionem. Fortior itaque ratio quæ obſtat Bartolo illa eſt, quod quiſquis in ius vocatus eſt, aut venire ad Prætorem debet, aut ſatis vel cautionem dare *toto titulo In ius vocat. vt caut. vel ſat. vel caut. dent.* Cùm ergo hic tractatus non ad alios pertineat, quàm qui in ius vocati non venerunt, non magis fieri poteſt, vt alicuius dolo impeditus ſit reus ne ad iudicium veniret ante interpoſitam ſatiſdationem, quàm vt impedimentum illud interuenerit ante factam in ius vocationem: Atqui Vlpianus apertè loquitur de eo qui vocatus in iudicium non venit; Igitur & de illo qui ne inuitus raperetur in ius, ſatiſdederit ſe venturum. Non nego aliud edictum eſſe quod propoſitum eſt in eum qui in ius vocatus non venit id eſt nec venire voluit, nec ſatiſdare ſe venturum, & iudicio ſtiturum. Aliud verò quod propoſitum eſt in eum qui vocatus

in ius

Digitized by Google

in ius non quidem venerit eo ipſo tempore, ſed ſatiſdederit ſe iudicio ſtiturum certa die, nec tamen ad dictam diem venerit: Vt vel ipſa titulorum & capitum edicti diuerſitas oſtendit: Sicut & aliud eſt, ſi quis vi eximat eum qui vocatur in ius, necdum ſatiſdedit Iudicio ſiſti, Aliud verò ſi quis eum qui & iam vocatus eſt & ſatiſdedit ſe iudicio ſtiturum impediat ne ſiſtatur. Sed dico inutilem nulliúſque effectus futuram in ius vocationem, ſi reo qui in ius vocatur, liberum ſit nec venire, nec ſatiſdare Iudicio ſiſti, & ſi talis caſus contingeret ſiue per imperitiam, ſiue per Indulgentiam actoris, ex integro faciendam vocationem, quoniam alioqui non haberet Prætor quid facere poſſet pro indemnitate actori præſtanda. Illa ergo ſola ſupereſt quæſtio, à qua ſe euoluere Bartolus non potuit, Cur neceſſaria ſit reſtitutoria actori aduerſus reum tempore liberatum, ſi is qui dolum admiſit ſoluendo non ſit, cùm habeat actionem ex ſtipulatu contra reum ipſum adeóque contra ipſius fideiuſſores, quæ poſſit eſſe quaſi ſubrogata in locũ illius quę vel per vſucapionem amiſſa fuerit, vel per temporis præſcriptionem. Reſpondet Caſtrenſis nec inſubtiliter vt ſibi videtur, ſubtiliùs certè quàm Bartolus, Non poſſe ſtipulationem hanc, aut actionem quæ ex ea competit dici ſubrogatam in locum prioris: Imò potiùs habendam eſſe pro prioris veluti ſequela vt priore ſiue amiſſa, ſiue extincta hæc quoque aut amittatur pariter aut extinguatur. Quam in rem adfert reſponſum elegans Pauli *in l. ſi eum 10. §. qui iniuriarum. D. ſi quis cautión.* vbi cùm is qui iniuriarum acturus erat proponeretur ſtipulatus ante litem conteſtatam vt aduerſarius iudicio ſiſteret, & commiſſa ſtipulatione mortuus eſſet. Negat Paulus actionem ex ſtipulatu heredi eius competere: Quia inquit, tales actiones propter rem ipſam darentur, Iniuriarum autem actio heredi non competit. Et addit, Quamuis enim hæc ſtipulatio Iudicio ſiſtendi cauſa facta ad heredem tranſeat, tamen in hac cauſa danda non eſt. Nam & defunctus ſi vellet omiſſa iniuriarum actione ex ſtipulatu agere, non ei permitteretur. Ac quia videt Caſtrenſis tractare Paulum de eo caſu quo actio iniuriarum, ob quam interpoſita fuerat hæc ſtipulatio, amiſſa ſit morte actoris, Ne quis ideò putet minùs pertinere locum illum ad quæſtionem noſtram: Ait nihil intereſſe an morte an quo alio modo perempta ſit actio: Et rectè, Niſi quòd putat prætermiſſum fuiſſe à Paulo hunc caſum qui tamen non eſt prætermiſſus, ſi modò recepta lectio ſic emendetur, prout emendandam eſſe docuimus in Rationalibus. In illis namque verbis *omiſſa iniuriarum actione* legendum eſt *amiſſa* non *omiſſa*, vt eo nomine ſignificentur modi omnes quibus actio iniuriarum amitti poteſt, Amittitur autem ſi vel annus præterierit, vel iniuriam ſiue expreſſè, ſiue tacitè remiſerit is qui eam paſſus eſt *l. non ſolum 11. §. 1. D. de iniur. l. ſi tibi 17. §. 1. D. de pact.* Sed tamen vereor ne Caſtrenſis licèt proximè acceſſerit ad id quod dicere debuit, non omnino tamen iuris rationem hac parte ſit aſſecutus. Veriſſimum enim eſt, quod ille negat ſtipulationem hanc ideò interponi vt ſubrogetur in locum prioris actionis ob quam interponitur, non vt ſit illius quædam veluti ſequela vt Caſtrenſis loquitur: nec tanquam acceſſoriè quod Bartol. admittit, Nec rurſus tãquam quæ cum aliâ cumuletur æquè principaliter vt *in l. item illa 18. §. quod adiicitur. D. de pecun. conſtit.* Sed tanquam ſola nedum principalis. Nam cùm ſit actio prætoria, & ex earum numero quę communes appellantur, quòd ſint non tantùm iudiciales, ſed etiam cautionales

l.1.§.1.D. de prætor.ſtipulat. habet hoc proculdubio ex natura cautionalium omnium ſtipulationem, quod actionem priorem nouat & perimit, ſed ita tamen vt eius naturam induat,& vicem repræſentet. Ideò enim cautionales appellantur quòd in iis tota ſtipulatoris cautio conſiſtat, quódque vt nouatio fiat intercedant, quomodo habet vetus lectio *d. l.1.de prætor.ſtipulat.* Apertiore ſenſu, quàm ille ſit qui ex Florentia elicitur quæ habet *vt noua actio ſit.* Nam & noua actio eſt quoties nouatio fit,licèt non è conuerſo fiat nouatio quoties noua actio eſt. Non ergo debuit Caſtrenſis negare actionem hanc ex ſtipulatione iudicio ſiſti eſſe ſubrogatam in locum veteris actionis, Nec rurſus habere illam pro ſequela tantùm,vt neque Angelus eos reprehendere qui ex eo maximè loco probant Actionem ſubrogatam in locum alterius ſapere naturam eius in cuius locum ſubrogatur, ſed debuit vterque potiùs fateri ſubrogatam eſſe per nouationem, & ob hoc ipſum cenſeri eiuſdem naturæ & actionis, cuius erat prior illa actio,in cuius locum fuit ſubrogata, Vt priore quoquomodo vel amiſſa vel perempta,hæc quoque intercidat, tanquam quæ non detur niſi ob rem ipſam quæ in iudicium deducitur, quomodo ratiocinatur Paulus *in d. §. qui iniuriarum*, Id eſt non acceſſoriè vt Bart. interpretatur, ſed vt res de qua actio inſtituitur ſit magis in tuto, & vt magis cautum ſit actori: Quemadmodum pluribus à nobis explicatum eſt, & omnium cautionalium ſtipulationum exemplis clariſſimè demonſtratum *libr.3.Coniecturarum capitul.1.* Dices fortaſſe,Si ita eſt vt hæc ſtipulatio nouet præcedentem actionem, Non ergo fieri poſſe vt præcedens illa actio amplius amittatur tempore aut quo alio modo, cùm iam ſemel perempta ſit per nouationem. Omnis ſiquidem nouatio prioris actionis peremptio eſt,& in ſequentem transfuſio *leg. 1. Digeſtis de nouat.* Fieri autem nequit vt ſemel perempta actio vel perimatur poſteà vel amittatur.Et hic alius certè nodus eſt qui difficultatem non exiguam implicitam habet. Sed reſpondendum eſt, quod iam docui in Rationalibus, Cùm dicimus Amitti actionem tempore,aut qua alia ratione, poſtquam per nouationem hanc iam perempta eſt, Ita nos intelligere, vt eos ipſos amittendæ prioris actionis modos retineamus, per quos amitteretur prior illa actio ſi qua poſt nouationem ſupereſſet. Nam cùm hæc nouatio fiat ob id ſolùm vt magis cautum ſit ſtipulatori, non poteſt fieri ex ea ſtipulatoris condicio deterior, ſed tantùm melior,vt euenit in nouatione quæ fit per conteſtationem *leg. aliam 29.D.eodem titul.de nouation.*. Ita vt etiam poſt interpoſitam ſtipulationem atque ita factam nouationem, prioris debiti cauſa ſubeſſe adhuc & durare quodammodo videatur *leg. cùm filius 76. §. heres meus de legat. 2.* Sed neque per hanc ſtipulationem Iudicio ſiſti aliter fieri nouationem prioris actionis credendum eſt quàm ſi ſtipulatio committatur, reo ſe iudicio non ſiſtente: Alioqui eueniret vt reus qui ſtipulationi paruiſſet & ad dictam diem ſe iudicio ſtitiſſet nulla penitus actione conueniri poſſet, neque ex ſtipulatu, quia promiſſioni ſuæ ſatisfeciſſet, neque ex priore quæ ſcilicet iam per nouationem perempta intelligeretur: Atque ita propter ſtipulationem maneret actor ſine actione, qui tamen non alio fine ſtipulatus eſſet, quàm vt magis cautum haberet. Ideóque Paulus *in dict. §. qui iniuriarum*, ponit commiſſam fuiſſe ſtipulationem Iudicio ſiſti, vt oſtendat de ſola actione ex ſtipulatu poſſe

quæſtio-

Digitized by Google

quæſtionem ſupereſſe,non de actione iniuriarum,de qua tamen ſola è contrario quærendum eſſet ſi commiſſa ſtipulatio non fuiſſet. Cæterùm poſt commiſſam quoque ſtipulationem nouatámque priorem actionem, nihilominùs neceſſe eſt vt de priore actione quærendùm ſuperſit, an vel tempore, vel quo alio modo amiſſa fuerit, necne,ſaltem ob hoc ipſum vt ſciatur an ex ſtipulatione agi poſſit,cùm non poſſit,vt dixi,durare actio ex ſtipulatu poſt id tempus quo prior actio ſublata eſſet. Qui ſenſus eſt *d. §. qui iniuriarum*, in cuius ſpecie commiſſa erat ſtipulatio, propterea quòd reus iudicio non ſtiterat,& tamẽ,quod mirum ſanè eſt,reſoluitur iam commiſſa ſtipulatio vt ex ea non poſſit heres ſtipulatoris agere quia nec iniuriarum agere poſſet, quamuis nouatio nulla interceſſiſſet, cùm tamen extra hanc cauſam regulare ſit vt ſemel commiſſa ſtipulatio numquam reſoluatur *l. euicta 16. §. ſi ſerui l. habere licere 57. §. 1. D. de euict.* Quòd ſi antequàm ſtipulatio committeretur amiſſa ſit actio vel tempore, vel quo alio modo, Tum verò certiſſimum eſt nullam actori ſupereſſe actionem, neque veterem,quia ponimus amiſſam eam eſſe,priùs etiam quàm nouata fuerit, Neque ex ſtipulatu cùm ſtipulatio necdum commiſſa ſit, nec amplius committi poſteà vnquam poſſit. Et ideò prorſus neceſſaria eſt actori reſtitutoria actio ad indemnitatem conſequendam, ſi ſoluendo non ſit is, cuius dolo malo factum eſt ne reus iudicio ſiſteretur, néve ſtipulatio Iudicio ſiſti committeretur. Hic verò caſus eſt quem tractat Vlpianus *in dict. leg. vltim. in principio, De eo per quem fact. erit.* Nam ſi poneres commiſſam eſſe ſtipulationem, vtique non indigeret actor actione reſtitutoria, quæ non niſi in ſubſidium & qualibet alia deficiente datur. Nec ſi commiſſa illa ſtipulatio poſteà reſolueretur, puta per mortem eius qui ob actionem iniuriarum talem interpoſuerat ſtipulationem: Ideò tamen poſſet dari actio ex edicto De eo per quem fact. erit, aduerſus eum qui dolo malo cautionem eludere voluiſſet. Non enim propter dolum illum hoc eueniret vt inutilis eſſet actio ex ſtipulatu, ſed propter mortem actoris quæ ante litem conteſtatam ſuperueniſſet, dummodò tantum temporis interceſſiſſe conſtaret vt litis conteſtatio fieri ante mortem actoris potuiſſet. Neque dolus tertij vllo caſu parere poteſt actionem ex illo edicto, niſi cùm in cauſa fuit non ſolùm vt reus iudicio non ſiſteretur, ſed etiam vt ſtipulatio Iudicio ſiſti non committeretur. Poteſt enim fieri vt reus ad dictam diem non ſiſtatur, nec tamen ſtipulatio committatur, etiamſi prior actio nondum tempore amiſſa ſit, Puta ſi reus iuſtam habuerit excuſationem ne ad diem veniret remiſſa ei neceſſitate ſiſtendi ad eam diem per ſtipulatorem ipſum, dolo malo alterius,vt ita faceret,perſuaſum. Finge Titium dolo malo perſuaſiſſe Sempronio vt ſiſtendi neceſſitatem remitteret Mæuio, Quaſi facturus eſſet, vt Sempronio præſtaret Mæuius omne id de quo accipiendum erat iudicium, ita vt de proſequenda lite dictandóque iudicio diutius laborandum actor non haberet, Non poterit Sempronius imputare Mæuio, cur non ſtiterit,nec aduerſus eum aut eius fideiuſſorem agere ex ſtipulatione, Sed cùm ſolus ipſe dolum paſſus ſit à Titio, cogendus erit, ſi volet indemnitatem conſequi, agere contra Titium ex edicto, Qui ſi ſoluendo non ſit, tum demum æquum eſt dari reſtitutoriam aduerſus Mæuium ſi interim vel vſu adquiſiuerit rem quæ petebatur, vel tempore liberatus fuerit. Nec

enim conſenſus Sempronij à Titio decepti vſque adeò ei nocere poteſt, vt ſuæ prioris actionis iacturam cum effectu pati debeat, Quod eueniret ſi regreſſum aduerſus Mæuium habere nullum poſſet: Fateor nõ debere reſtitui actionem ex ſtipulatu quæ circumducto die ad quam ſiſti reus debuit inanis facta eſt ex ipſius ſtipulatoris voluntate, quamuis extorta ſit ea voluntas dolo malo Titij ſi non Mæuius quoque dolum illum participaſſe probetur: Quo caſu eſſet actio quoque ex ſtipulatu vtilis, quoniam aduerſus exceptionem pacti daretur Sempronio replicatio doli. Sed dico, Sublata actione illa quæ competere potuerat ex ſtipulatione iudicio ſiſti ſi Sempronij conſenſus non interueniſſet, ſupereſſe primam actionem, quam licèt interim amiſſam, tantò magis reſtitui æquum eſt, cùm ex illa parte non veniat Sempronius contra factum ſuum *argument. l. cùm is 32. §. mulier D. de condict. indeb. l. quoties duplici* 91. *de regul. iur.* Præſertim cùm illud etiam concurrat, vt nouatio nulla facta ſit prioris actionis per ſtipulationem, quæ commiſſa nunquam fuit *l. ſi Stichum* 8. *§. ſi quis ita l. quoties* 14. *D. de nouat.* Et hæc quidem ad priorem dubitationem diluendam ſufficiant. Poſterior longè leuior eſt: Nam interpoſita ſatiſdatio Iudicio ſiſti non poteſt perpetuare obligationem & actionem veterem: Ideò quia interponitur ante litem conteſtatam, adeóque antequàm veniatur ad Prætorem, Malente ſcilicet eo, qui in ius vocatus eſt, ſatiſdare Iudicio ſiſti quàm in ius venire. *Ex tit. In ius vocat. vt eant vel ſat. vel caut. dent. d. l. ſi eum* 10. *§. qui iniuriarum D. ſi quis caution.* Nec proinde referenda eſt ad iudicium iam acceptum, ſed ad accipiendum, cuius tempus non aliud eſt quàm litis conteſtatæ *l. 2. §. quæſitum D. de priua. delict.* quia eo tempore & iudex dabatur, & formula dictabatur atque ita iudicium accipiebatur. Sola porrò conteſtatio illa eſt quæ actiones temporales perpetuat, & quidem in infinitum ſi ius vetus inſpiciamus, In annum verò quadrageſimum, ſi ius nouum ex *l. cùm notiſſimi & l. vltim. C. de præſcription.* 30. *vel* 40. *annor.* Cur verò per eiuſmodi ſtipulationem & præſtitam ſatiſdationem non interrumpatur præſcriptio actionis, quæ alia quæſtio eſt, Rationem illam noſtri omnes adferunt, nec malam, quòd in ſola præſcriptione triginta vel quadraginta annorum, quæ odioſior ideò eſſe creditur quòd nec titulũ, nec bonam fidem requirat & de qua non poteſt Vlp. intelligi cùm eius temporibus adhuc incognita eſſet, Ita receptum ſit vt per ſolam citationem dummodò iudicialem & ex authoritate competentis iudicis factam interrumpatur *l. ſicut* 3. *eod. ill. tit.* Nec enim illi qui citationem fieri curauit, tanta poteſt imputari negligentia quæ tamen ſola præſcriptioni tricenariæ, vel quadragenariæ locum facit. In cæteris verò præſcriptionibus quæ fauorabiliores exiſtimantur, quæ ſcilicet ſunt longi duntaxat temporis aut alterius quidem breuioris, ſed tamen competentes ex natura actionis quæ ab initio ſic inducta ſit vt eſſet temporalis, puta ſi agatur de redhibitoria, vel Quantò minoris, ſola citatio non poteſt ſufficere ad interruptionem, ſed requiritur litis conteſtatio quæ & interrumpit præſcriptionem, & perpetuat actionem: Aut ſaltem ea forma ſeruari debet quæ conſtituta eſt in *l. vt perfectius* 2. iunct. *l. vlt. C. de annal. exce.* Addunt nec conteſtatione interrumpi poſſe vſucapionem ex *l. ſi poſt acceptum* 18. D. *de rei vindic.* quia omnium fauorabiliſſima eſt cùm & titulum & bonam fidem requirat, & prætereà introducta ſit per legem 12. tab. fauore boni publici *l. 1. & paſſ.* D. *de vſucapion.* Sed in hoc tamen faciunt noſtri parum

ſubtili-

Digitized by Google

ſubtiliter, qui vſucapionem numerant inter temporis præſcriptiones, cùm recenſenda ſit potiùs inter modos acquirendi iure Quiritium dominij, Quo modo ab Vlpiano factum eſt *in Frag. tit.* 19. *De acquiſit. rer. domin.* Nec enim qui vſucapit acquirit ſibi exceptionem aut liberationem, ſed dominium & directam rei vindicationem, nec tam tempore quàm vſu vt nomen ipſum vſucapionis ſonat. Et idcirco Vlpianus *in d. l. vlt. De eo per quem fact. erit*, duos illos caſus diſtinguit, & ſeparat, tanquam diuerſos, An amiſſa ſit actio per vſucapionem, an per temporis aliquam præſcriptionem. Idémque hodie iuris eſt de præſcriptione longi temporis, poſteaquàm Iuſtiniano placuit transformare vſucapionem in longi temporis poſſeſſionem, & viciſſim longi temporis poſſeſſionem in vſucapionem *in l. vnic. C. de vſucap. transform.*

ERROR SEPTIMVS.

De ſententia & ratione l. planè ſi filium 94. *§.* 1. *de legat.* 1. *& de alienatione rerum fideicommiſſarum inſpecto iure vetere.*

HIc alius locus eſt quo ſuprà diximus, moueri Caſtrenſem *ad l. ſi heres inſtitutus* 70. *§. vlt. D. ad SC. Trebell.* vt exiſtimet reſtituendam eſſe fideicommiſſario vniuerſali actionem temporalem, quæ amiſſa ſit per negligentiam heredis ante reſtitutam hereditatem: ſi heres ſoluendo non ſit ad præſtandam fideicommiſſario pleniſſimam indemnitatem. Quaſi Iulianus *in d. l. planè ſi filium* 94. *§.* 1. *de leg.* 1. conſentiat cum Vlpiano *in l. vltim. De eo per quem fact. erit*, de cuius ſententia proximè diximus, idémque hac in re loci vtriuſque ſenſus ſit: Tractat Iulianus de eo qui rogatus hereditatem reſtituere ex qua ſeruus eius erat inſtitutus poſteà eum ſeruum alij vendiderat, priuſquàm ipſum adire iuſſiſſet. Quærit autem ſi, ſeruus ille poſtmodum adierit iuſſu emptoris atque ita commodum hereditatis ei acquiſiuerit, An cogendus ſit emptor reſtituere hereditatem, poſſitque in eam rem à fideicommiſſario conueniri, Dubitationem faciebat ex vna parte quòd non fuerat emptor rogatus ſed venditor: Abſurdum autem videatur alium fideicommiſſi nomine vrgeri quàm qui fuerit ipſe rogatus *l. quidam cùm filiumfamilias* 46. D. *de hered. inſtitu. l. epiſtolam* 75. *in princip. leg. Lucius* 78. *§. tres heredes verſic. reſpondit non proponi* D. *ad SC. Trebellianum.* Ex altera verò parte mouebat quòd venditor idémque prior dominus ſerui inſtituti & rogatus hereditatem reſtituere, non eam poſſideat, nec dolo malo fecerit quominùs poſſideret. Nec enim ponimus dolo malo factam eſſe venditionem & interuertendi fideicommiſſi gratia: Quæ res induceret, vt poſt venditionem quoque haberi deberet pro poſſeſſore venditor cuius dolus interueniſſet, quia dolus pro poſſeſſione eſt, vt habet vulgata iuris regula. Æquè autem abſurdum & inconueniens videatur, conueniri quem ad reſtituendum id quòd nec amplius habeat, nec dolo deſierit habere, Item quòd non aliter teneatur dominus ex huiuſmodi fideicommiſſo quàm ſi

Digitized by Google

per ſeruum heres factus ſit *leg. ſi alienus 62. de legat. 2.* Numquam autem per hunc ſeruum factus eſt heres venditor qui eum vendidit ante aditionem. Placet tamen Iuliano compellendum eſſe venditorem ad reſtitutionem fideicommiſſi, Ratione illa, quòd habeat precium hereditatis quam reſtituere rogatus eſt, & conſequenter ipſam quoque hereditatem habere videatur: Nam in iudiciis vniuerſalibus quale illud eſt, quo hereditas fideicommiſſaria petitur, certum eſt ſuccedere precium loco rei *l. ſi & rem & precium 22. D. de hered. petit.* quia vt benè Accurſius notat, tantò carius vendidit ſeruum emptori, qui ſpe acquirendæ ſibi per eum ſeruum hereditatis haud dubiè pluris eum emit, quàm fuiſſet alioquin empturus. Eſt enim longè precioſior ſeruus ob id quòd heres inſtitutus eſt, tantóque ſaltem dignus precio quanti hereditas eſt, quæ per eum acquiri domino poteſt. Et ob eam cauſam reſponſum eſt à prudentibus, Si ſeruus eius qui fuerat inſtitutus ſub condicione, ſi eum dominus manumitteret, occiſus ſit, In actionem legis Aquiliæ quæ eo nomine contra occiſorem datur, venire ipſius etiam hereditatis æſtimationem, quòd per mortem ſerui defecerit condicio quæ fuerat adimplenda ad acquirendam hereditatem. *l. inde Neratius 23. §. idem Iulianus D. ad leg. Aquil.* Is autem ad quem hereditas ex emptione ſerui heredis ſcripti peruenerit, ex cauſa, inquit Iulianus, cogendus erit fideicommiſſum præſtare id eſt ſi dominus ſerui heredis ſcripti ſoluendo non erit. Ex quibus poſtremis Iuliani verbis apparet non eſſe in arbitrio & electione fideicommiſſarij contra quem agere velit, an contra venditorem, an potiùs contra emptorem: Sed omnimodò cogendum eum vt agat aduerſus venditorem, nec priùs permittendum ei vt emptorem inquietet, quàm conſtiterit venditorem ſoluendo non eſſe: Eſt enim hic ordo non voluntatis, vt Caſtrenſis primùm credidit, ſed neceſſitatis, quod & Caſtrenſis ipſe tandem fateri coactus eſt. Quemadmodum & in ſpecie *dicta legis vltim. de eo per quem factum erit*, ſi vellet actor reſtitutoriam petere & exercere contra reum qui iam vel vſucapionem compleuiſſet, vel tempore liberatus eſſet, antequàm conſtaret ſoluendo non eſſe illum cuius dolo malo factum eſſet ne reus iudicio ſiſteretur, malè ageret ac præpoſterè nec audiri deberet, vt idem Caſtrenſis fatetur *ad dictam leg. vltim.* Nec moueri in contrarium Caſtrenſis debuit *ad dictam legẽ planè §. 1.* ex eo quòd ait non potuiſſe vendi ſeruum, nec alienari hereditatem in præiudicium fideicommiſſarij. Nam imò verò iuris veteris ratio illa fuit, vt valeret alienatio ab herede facta, tanquàm à domino rerum fideicommiſſarum ſi modò facta eſſet ante reſtitutam hereditatem, cùm ante reſtitutionem fideicommiſſi quæ ſaltem verbo facta eſſet nihil penitus iuris in reſtituenda hereditate haberet fideicommiſſarius, nec in rebus hereditariis, *leg. 1 leg. ita tamen 27. §. qui ex Trebelliano leg. reſtituta 37. in principio l. facta 63. ad Senatuſconſultum Trebellianum.* Nec aliud remedium ſupererat fideicommiſſario, niſi vt res alienatas imputaret heredi in quartam falcidiam *leg. Marcellus 5. §. res quæ eodem titulo*, pro reliquo autem quod ſuprà quartam alienatum eſſet, inſtitueret perſecutionem fideicommiſſi aduerſus alienantem quouſque ſibi pleniſſimè reſtitutum fuiſſet fideicommiſſum *leg. debitor 59. verſic. neque fideicommiſſum dicta lege ſi heres 70. §. 1. eodem titulo.* vbi quod dicitur, Si heres antequàm fideicommiſſam hereditatem reſtitueret, alienauerit quidpiam ex hereditate, aut ſeruum hereditarium manumiſerit

miſerit

Digitized by Google

miſerit aut ruperit quid vel fregerit, vel vſſerit, non competere in eum vllam ciuilem actionem reſtituta poſteà hereditate ex ſenatuſconſulto Trebelliano, ſed ex fideicommiſſi cauſa eſſe hoc quod deperierit perſequendum, ſic accipi proculdubiò debet, vt eam perſecutionem fieri neceſſe ſit aduerſus heredem ipſum, non aduerſus emptorem: qui nec vllus fingi poteſt eo caſu quo vel ſeruus manumiſſus ſit, vel fractum quid, vel vſtum ex rebus hereditariis. Primus Iuſtinianus fuit qui prohibuit alienationem rerũ fideicõmiſſo ſubiectarum, etiãſi vel dies vel condicio fideicõmiſſi nondũ venerit, Adeò vt poſteà exiſtente quãdoque die vel condicione perinde habenda ſit alienatio antè facta acſi nec ſcripta eſſet nec penitùs celebrata, vt nec vſucapio nec longi temporis præſcriptio contra legatarium vel fideicommiſſarium procedat. Hæc enim Iuſtiniani verba ſunt *in l. vlt. §. ſin autem ſub condicione C. commun. de legat.* Ad quam conſtitutionem videtur mihi reſpexiſſe Tribonianus cùm in eleganti reſponſo illo Iuliani addidit ea verba *libertatis fauore ſui ſeruata.* Non enim fauore vllo libertatis ſed ex mera iuris ratione fiebat olim vt ſeruus in hereditate fideicommiſſaria relictus, & ab herede etiam ſciente manumiſſus, ſiue antè, ſiue poſt diem fideicommiſſi cedentem, & liber eſſet & maneret. Nullo ſiquidem caſu retractari & reuocari poterat libertas quæ ſemel competierat, nec ſi in alterius fraudem data probaretur. *§. ſi is qui Inſtitut. de eo cui libert. cauſ. bon. addic. leg. 1. & tot. titul. C. ſi aduerſ. libert.* Hodie fauor libertatis neceſſarius eſt vt ea libertas conſeruetur ex eiuſmodi manumiſſione quæ alioquin ex generali lege Iuſtiniani ſic habenda eſſet, acſi nec celebrata foret. Neque huic ſententiæ noſtræ aduerſatur quod *in l. vlt. §. vlt. de leg. 2.* Scæuola reſpondit, ſi maritus heredem vxorem inſtituerit, cuius poſt mortem aperiri codicillos præcepit, & vxor prædium hereditarium infructuoſum rationi ſuæ exiſtimans vendiderit, non poſſe venditionem poſt mortẽ mulieris retractari ab iis quibus hereditas codicillis per fideicommiſſum data deprehenderetur, ſed propter iuſtam ignorantiam tam mulieris, quàm emptoris heredem mulieris vt fundus apud emptorem remaneat fideicommiſſario precium dare debere. Nec enim is Scæuolæ ſenſus eſt, vt ſi iuſta tam mulieris quàm emptoris ignorantia non interueniſſet, permitti deberet fideicommiſſario rem venditam vindicare, emptoríque auferre: Sed hic potiùs vt heredi mulieris iuſta illa ignorantia prodeſſe debeat, ne ad id omne quo fideicommiſſarij ex ea cauſa intererit, teneatur, ſed ſolius precij præſtatione liberetur: Exemplo eius quod non diſſimiliter ſcriptum eſt à Calliſtrato *in l. ſi heres 63. eodem titulo.* Si heres rem legatam ignorans in funus conſumpſerit, non teneri eum actione ad exhibendum, quæ ſcilicet daretur ad id quod actoris intereſſet, quia, inquit, nec poſſidet, nec dolo malo fecit quominùs poſſideret. Sed per in factum actionem legatario conſulitur, vt indemnitas ei ab herede præſtetur. Quamquam non poſſum diſſimulare quin apud Scæuolam valde ſuſpecta mihi ſint verba illa *vt fundus apud emptorem remaneat* quæ ſi retinerentur, vtique interpretationem noſtram non paterentur. Significarẽt enim apertiſſimè auferendum emptori fundũ ſi iuſta illa & quidem vtriuſque tam mulieris quàm emptoris ignorantia non interueniſſet: Quod tamen euidenter falſum eſt. Quo enim iure emptor inquietari à fideicõmiſſario tẽporibus Scæuolę potuiſſet? An directa rei vindicatione? Atqui nõ poterat illa cõpetere fideicõmiſſario, niſi ꝑ iis reb' quæ

in bonis eius factæ eſſent per reſtitutionem hereditatis,In quo numero contineri non poterant eæ, quæ ante reſtitutam hereditatem fuiſſent alienatæ. *d.l. facta 63.& d.l.ſi heres §.1.ad SC. Trebellianum.* An potiùs hypothecaria? Atqui nec illud inductum adhuc erat à Iuſtiniano,quod induxit *l.1. C. comm. de legat.* vt legata & fideicommiſſa priuilegio vllo tacitæ hypothecæ gauderent.Sunt ergo verba illa nõ Scæuolę ſed vel interpretis vel Triboniani reſpicientis ad ſupradictam Iuſtiniani nouam conſtitutionem *in d l.vltim.§. ſin autem ſub condicione eod.tit.* Cæterùm vt ad Iulianum redeamus *in d. l planè §.1.de leg.*1.fruſtra eſt quærere an in ea ſpecie potuerit dominus alienare hereditatem aut res hereditarias in præiudicium fideicommiſſarij, cùm non proponeretur dominus alienaſſe quicquam ex hereditate reſtituenda, ſed ſeruum duntaxat ſuum qui fuerat inſtitutus, & per quem poterat ſibi acquirere hereditatem,eámque poſteà fideicommiſſario ſecundum teſtatoris voluntatem reſtituere ſi eum ante venditionem adire iuſſiſſet. Ita quod vendito ſeruo, qui fuerat heres ſcriptus,ipſa quoque hereditas vendita eſſe, & precium eius ad venditorem perueniſſe intelligitur, non fit niſi per conſequentias, eáſque adeò neceſſarias vt nec vlla iuris arte prohiberi poſſint.An non enim eſſet abſurdum impediri dominum ſerui heredis inſtituti ne vendat eum ante aditam hereditatem ob hoc ſolùm quod per eiuſmodi venditionem futurum ſit vt hereditas perueniat ad emptorem, qui de ea reſtituenda rogatus non fuit?Cùm in eiuſdem domini poteſtate ſit hereditatem ſibi per ſeruum delatam repudiare,quoniã & legatũ repudiare poſſet quãuis ſemper lucroſum *l legatũ 7.de leg.1.iũct.l.ſi hereditatẽ.32.D.manda.* Nam & citra repudiationem ſufficeret, vt ſeruo non iuberet adire hereditatẽ,quam ſcilicet adire ſeruus ſine iuſſu domini præcedente non poſſet, ne inuitum aut ignorantẽ dominum obligaret æri alieno *l.qui in aliena 6.in pr. D.de acq.hered.*Satis igitur eſſe debet fideicommiſſario vt per eam ſerui inſtituti venditionem,fideicommiſſum non intercidat, ſed nihilominus peti poſſit ab ipſo venditore quaſi adhuc hereditatem poſſideat, qui preciũ eius poſſidet,Adeóque quòd lõgè durius eſt ab emptore ipſo ſi venditor nõ erit ſoluendo,quãuis emptor nullomodo fuerit rogatus.Vnde illud etiam fit vt putem,quamuis hereditas illa fideicommiſſaria lõgè pluris ſit quàm precij nomine redactum fuerit ex venditione ſerui, non ideò tamen ad aliud teneri venditorem quàm vt precium quod accepit reſtituat, Nec illud tamen integrum, ſed quantò cariùs duntaxat vendiderit propter ſpem illam acquirendæ hereditatis,Id eſt detracto quãti per ſe fuit ſeruus, quantíque vendi potuiſſet etiamſi heres ſcriptus non fuiſſet. Plus puto, Etiamſi venditor ſoluendo non ſit,ita vt fideicommiſſario æquum ſit dari actionem in ſubſidium aduerſus emptorem,Non tamen ad aliud teneri emptorẽ poſſe quàm vt illud ipſum precium præſtet quod præſtare venditor teneretur ſi ſoluendo eſſet, nec quicquam amplius. Cur enim ob inopiam venditoris in plus teneatur quàm ipſe venditor,qũi & principaliter & directa ex teſtamento actione conuentus iam fuit? Conuentum ſiquidem neceſſariò ponendum eſt antequàm ad emptorem perueniatur,vt excuſſio facta videri poſſit, niſi tam euidenter & notoriè non ſoluendo eſſet venditor vt hoc ipſo excuſſionem pro facta haberi oporteret:quemadmodum in ſpecie *legis vltim. De eo per quem fact. erit,* Caſtrenſis tradidit ad eum locum. Hoc verò nec Accurſius, nec interpretes cæteri percepiſſe videntur, qui exiſtimant

ex hac

Digitized by Google

ex hac Iuliani ſententia fieri vt emptor à fideicommiſſario conuentus, & re & precio ſimul cariturus ſit: quod certè non ita eſt. Neque enim dabitur in eum actio fideicommiſſario ad res hereditarias ſiue per vindicationem, ſiue per hypothecariam euincendas, ſed tantùm, vt dixi, ad precium quod iam ſemel venditori perſoluerit, Atque ita fiet quidem vt bis idem precium ſoluere compellatur, quod per ſe iam ſatis durum eſt, At non vt cogatur carere rebus hereditariis, quod eſſet longè durius. Nam præter id quod eius intereſſe maximè poteſt habere res hereditarias potiùs quàm ab earum precio iterum præſtando immunem eſſe, Credibile eſt longè maioris precij eſſe hereditatem, poſteaquàm emptori per ſeruum acquiſita eſt quàm fuerit ſeruus ipſe tempore venditionis, Quo tempore ſuberat tantùm ſpes acquirendæ hereditatis, quæ ſpes facilè poterat intercidere mortuo fortaſſis ſeruo antequàm à nouo domino adire iuberetur, aut ſuperueniente aliqua noua cauſa quæ faceret ei ſuſpectam hereditatem.

ERROR OCTAVVS.

De ſententia & lectione l. ſi alienus 62. de legat. 2. l. vlt. in princip. De legat. 3. & l. 2. D. de inſtit. act.

CVR verò in emptorem detur ſubſidiaria & vtilis fideicommiſſi perſecutio, qui non fuit rogatus (quod per ſe durum eſſe diximus) ratio quæ ſubobſcura videtur, non tantùm ex æquitate illa petenda eſt, Ne aliter poſitò iure fideicommiſſum intercideret ex facto venditoris, quod iniquum eſſet *dict. l. quidam ita 25. §. ſi quis filium in fin. ad SC. Trebell.* Sed etiam ex ratione ipſa iuris, Quòd huiuſmodi fideicommiſſum iniunctum domino ſerui heredis inſtituti capiat vires ex perſona ſerui, non ex perſona ipſius domini, quoties alij quàm ſeruo dominus reſtituere rogatus eſt *l. cùm filiofamilias 11. de leg. 1.* Quid ergo mirum eſt, ſi emptor idémque nouus dominus huius ſerui cogatur præſtare fideicommiſſum hereditatis, quam per ſeruum ipſum quæſiuerit? Nam & ſi ſeruus ipſe inſtitutus, manumiſſus fuiſſet ante aditionem & liber factus adiiſſet, perinde hoc fideicommiſſum præſtare cogeretur *l. ſi alienus. 62.* vbi manifeſtum eſt poſt verba illa *Nec ſeruus* legendum eſſe addita negatione *quia rogatus non eſt de legat. 2. l. à patre 4. de legat. 3.* Porrò quæ ratio ſeruum inſtitutum obligat, vt ſi adierit manumiſſus hereditatem reſtituere debeat, Eadem obligat nouum dominum qui eum adire iuſſit vt æquè reſtituat, Vna illa nimirum quòd fideicommiſſum hoc ex perſona ſerui vires accipiat, Itaque illud potiùs mirandum eſt, cur apud Iulianum & in ſpecie *dictæ legis planè §. 1.* non detur actio fideicommiſſario recta in emptorem, quamuis venditor ſit ſoluendo, cùm factus ſit heres per ſeruum qui ipſe rogatus videtur, quomodo credendum eſt fuiſſe teſtatorem preces ad eum ſuas directurum, ſi crediſſet fore, vt ad eum hereditas perueniret. Quo exemplo illud etiam longéque probabilius dici poteſt perinde fuiſſe teſtatorem petiturum à nouo domino vt hereditatem reſtitueret, ſicuti petiit ab eo qui

KKk

Digitized by Google

tum dominus erat ſi hanc dominij mutationem ante aditionem hereditatis futuram præuidiſſet. Ratio autem alia quærenda non eſt, quàm quæ affertur à Iuliano, quòd venditor eam ipſam hereditatem habere videatur, quam reſtituere rogatus eſt, cùm eius precium habeat. Ex qua ratione intelligimus aliud eum reſponſurum fuiſſe, ſi prior dominus ſeruum hunc heredem ſcriptum non vendidiſſet ſed donaſſet. Nec enim hereditatem propter ſeruum habere videretur is, qui donaſſet, qui ſcilicet poſt donationem, neque ſeruum, neque hereditatis precium aut quicquam aliud in vicem hereditatis haberet *l. quòd ſi donauero* 40. iunct. *duab. praeced. D. de vſufr.* Quare ad rem non pertineret ſi quis eo caſu obiiceret, Rogatum fuiſſe priorem dominum, poſteriorem verò rogatum non eſſe. Nam neque priori domino debet nocere quòd fuerit rogatus, cùm habendus ſit pro rogato ſub illa demùm condicione, ſi heres eſſet *d. l. ſi alienus*, quę condicio deficit alienato per eum ſeruo ante aditionem: Neque poſteriori domino prodeſſe quòd rogatus ipſe non fuerit, cùm preces defuncti quamuis ad priorem dominum directæ perinde habendæ ſint acſi ad ſeruum ipſum directæ eſſent, vt conſequenter perinde obligent poſteriorem dominum qui per ſeruum heres factus eſt, atque priorem obligaſſent ſi ſeruus alienatus non fuiſſet. Atque ita debet accipi quod concludit Rufinus *in d. l. ſi alienus*, iis verbis, *itaque vtilis actio hoc caſu competit, vt is ad quem emolumentum hereditatis peruenerit, & fideicommiſſum præſtare compellatur*: Scilicet vt ita demum bona ſit hæc ratiocinatio, ſi is ad quem hereditatis emolumentum peruenit, ille ipſe ſit ex cuius perſona fideicommiſſum vires accipit, aut per ipſum heres factus ſit. Alioqui certum eſt non ex eo ſolo deberi ab aliquo fideicommiſſum, quod hereditas fideicommiſſaria quoquomodo ad ipſum peruenerit, vt conſtat ex *d. l. planè in princip. & ex l. vlt. in princip. De legat.* 3. vbi legendum eſſe *inſtituit* pro *ſubſtituit* bene docuit Cuiac. *lib. 2. obſer. cap.* 32. & in fine reſponſi *patris* pro *fratris*: Niſi quis circa priorem emendationem probabilius putet, vt neque *inſtituit* legamus, neq; *ſubſtituit*, cùm verbum *inſtituit* paullò pòſt appoſitum in verſ. *deinde ille extraneus hunc filium heredem inſtituit*, vtrique ſententię conſtruendæ commodiſſimè maioréque elegantia ſubſeruire poſſit. Probabile námque eſt huius rei ignoratione additum primum fuiſſe verbum *ſubſtituit* ab imperito aliquo interprete quem illud fefellit quod vidit in ſequentibus tractari de ſubſtituto pupillari. Nec animaduertit alium ſubſtitutum fuiſſe quàm extraneum illum qui fuerat inſtitutus, cùm alioqui neq; de ſubſtituto pupillari, neq; de legatis ab eo præſtandis quæri poſſet ſi ſubſtitutus ante impuberē deceſſiſſet eo relicto herede. Quā ob cauſam coactus fuit Accurſius cōminiſci duos in illa ſpecie fuiſſe heredes inſtitutos & pupillo exheredato ſubſtitutos vt premortuo vno qui heredē ſcripſiſſet impuberē, quæſtioni locus in alterius inſtituti eiuſdēq; ſubſtituti perſona relinqueretur. Sed hîc rurſum quæro, Cùm fideicōmiſſum de quo Iulianus tractat *in d. l. planè §.* 1 ex ſerui perſona vires accipiat ſecundū eiuſdē Iuliani ſententiā à Papiniano relatā & probatam *in d. l. cum filiofamilias* 11. *de l.* 1. Cur vtilibus tantùm actionibus non etiā directis conueniendus ſit ex fideicōmiſſo ſeruus ipſe ſi manumiſſus inueniatur aditionis tempore & heres factus per aditionē, Aut poſterior dominus qui eum adire iuſſit. Ratio eſt in promptu, quia neuter rogatus eſt, ſed prior dominus qui tamen per ſeruum illum ante aditionem manumiſſum aut alienatum heres factus non eſt. Non enim alius de fideicommiſſo

directa

Digitized by Google

directa actione conueniri poteſt quàm qui fuit rogatus, vt oſtendunt verba *d.l.ſi alienus*. Supereſt vt moneamus quod etiam tacentibus nobis ſatis ex ſuperioribus intelligitur, valde diſtare caſum hunc Iuliani ab illo quem tractat Vlpianus *in d.l.vlt.de eo per quem fact.erit*. Longéque maiorem eſſe rationem cur apud Iulianum perſecutio fideicommiſſi detur contra emptorem in ſubſidium venditore exiſtente non ſoluendo, quàm vt apud Vlpianum detur reſtitutoria contra reum tempore liberatum ob id ſolum quòd ſoluendo non ſit actor cuius dolo malo factum eſt, ne reus iudicio ſiſteretur. Etſi enim emptor in eo fauorabilior videtur, quod cauſam habet onerosam, ille verò qui tempore liberatus eſt vel vſucepit, cauſam lucratiuam habet, nocere tamen illud emptori debet, quod eum ſeruum poſſidet ex cuius perſona fideicommiſſum priori domino iniunctum vires accepit: Ei verò qui vel vſucepit vel ab actione propoſita liberatus eſt tempore, nihil eſt quod nocere debeat præter rationem illam æquitatis quæ non patitur, vt ex damno alterius ipſe locupletetur. Ponimus enim nihil ab eo factum eſſe dolo malo, ſolúmque ſtipulatorem iudicio ſiſti dolum fuiſſe paſſum ab eo ſolo, qui ne reus iudicio ſiſteretur, prohibuit, vt fuſiùs explicauimus in præcedentibus. Cæterùm quemadmodum locus ille Vlpiani non probat Caſtrenſis ſententiam pro fideicommiſſario vt aduerſus debitores hereditarios per negligentiam heredis tẽpore liberatos regreſſum habere in ſubſidium debeat, ſi heres non ſit ſoluendo aut de culpa lata non teneatur, ita neque ex ſupradicto Iuliani reſponſo probari tam improbabilis ſententia poteſt, ob euidentem inter has ſpecies diuerſitatem, diuerſitatíſque rationẽ, quæ ex ſuperioribus ſatis colligitur. Multò minùs ad rem facit, quod iidem noſtri adſerunt *ex l.1.in fin.& l.2.D.de inſtit.act.* Interdum debere actionẽ dari ei qui inſtitorem præpoſuit aduerſus eos qui cum inſtitore contraxerunt eo nomine quo vt inſtitor contraxit: (Sic enim lego *in d.l.vt inſtitor*) ſi modò non aliter rem ſuam ſeruare poſſit. Etſi enim regulare eſt vt per liberam perſonam actio quæri non poſſit, eos tamen qui cum inſtitore meo tanquam inſtitore contraxerunt ideò mihi ſaltem in ſubſidium teneri æquum eſt, quod negare non poſſunt quin contrahendo cum ipſo perſonam quoq; meam & patrimonium meum intuiti videantur: Adeò vt ob eam cauſam obligatum me habeant actione inſtitoria *d.leg.1.& tot.ill.tit.* in quæſtione autem noſtra de fideicommiſſario agere volente aduerſus debitores hereditarios liberatos nihil tale eſt.

ERROR NONVS.

De differentia hereditatis ceſſæ in iure, & eius, quæ reſtituta ſit ex Trebelliano.

PRIMA hæc occurrit differentia inter hereditatem ceſſam in iure, & eam quæ reſtituta ſit fideicommiſſario ex authoritate Senatuſconſulti Trebelliani, quòd hereditas etiam priuſquàm adeatur cedi poteſt in iure ſed legitima tantùm, non etiam teſtamentaria, id eſt ſola illa quam lex detulit agnato proximo, non quam teſtator heredi ſcripto, quemadmodum Vlpianus *in Titulis ſcribit tit.19.de acquiſit.rer.* At hereditas fideicommiſ-

ſaria licèt non minùs ab inteſtato quàm ex teſtamento dari poſſit, tracta per prudentum interpretationem poteſtate legis falcidiæ & Senatuſconſulti Trebelliani ad fideicommiſſa ab inteſtato quoque relicta *leg. filiusfamilias* 18. *D. ad leg. falcid. leg. 3. leg. & ſine ſcriptura* 5. *C. ad SC. Trebell. leg. recuſare* 6. §. 1. *D. eod.* Numquam tamen reſtitui poteſt priuſquam adita ſit, nec magis ab herede legitimo quàm à teſtamentario. Ideóque omni caſu cogendus eſt heres, vt adeat hereditatem & reſtituat: Prætèrquàm ſi ſuus heres à patre rogatus proponatur. Hic enim cogitur quidem reſtituere, ſed non ſe immiſcere, cùm ſit heres ipſo iure, nec minùs citra immixtionem quàm citra aditionem *leg. 1. §. qui ſunt in poteſtate D. ſi quis omiſſ. cauſ. teſtament. leg in ſuis* 14. *D. de ſuis & legit. leg. ita tamen* 27. *§. ſi pater filium* D. *ad SC. Trebell.* Huius verò differentiæ ratio licèt prima facie non parum obſcura eſſe videatur, illa tamen afferri vera & germana meo iudicio poteſt, quòd reſtitutio hereditatis non aliter prodeſſe fideicommiſſario poſſit ad transferendas in eum actiones hereditarias ne tum quidem cùm fit ab inteſtato, quàm ſi fiat eo ipſo modo quo teſtator voluit *leg. 1. leg. ſed & ſi alio 9. §. vlt. & leg. ſeq. D. ad SC. Trebell. leg. ſi mulier* 59. *§. ex aſſe D. de iur. dot.* Teſtator autem voluit reſtitui hereditatem ab herede, hoc eſt ab eo qui iam factus eſſet heres per aditionem, quíque haberet ipſe actiones quas transferre in alium valeret, cùm alioquin de transferendis iis tractari nullomodo poſſet. Denique reſtitutio præſupponit acquiſitionem in perſona reſtituentis: At hereditatis ceſſio quæ fiat in iure, poteſtatem totam ſumit à lege 12. tabul. cùm ſit vnus ex modis ſex acquirendi dominij iure Quiritium, vt Vlpianus ſupradicto loco ſcribit, ideóque poteſt fieri etiam ab eo qui nondum ſit heres, ſi modò ius habeat hereditatis acquirendæ. Et hûc fortaſſis pertinet quod habet regula iuris, Non velle heredem eſſe illum qui ad alium transferre voluit hereditatem. *leg. non vult heres eſſe 6. de regul. iur.* Nam quod vulgò interpretantur de illo qui hereditatem ſibi delatam in alium transferri paſſus eſt, vereor ne non ſatis conueniat verbis legis quæ non de illo loquitur, qui hereditatem in alium transferri voluit, ſed de illo, qui transferre: quod neſcio an alij vlli poſſit conuenire, quàm ei qui hereditatem in iure cedit. De quo tamen loqui Vlpianum veteres interpretes diuinare non potuerunt, qui Fragmenta illa quæ nobis penè ſola ex tot librorum naufragio ſuperſunt in manibus nunquam habuerunt: Nam & ex recentioribus qui minùs politi ſunt, magíſque in Bartolo quàm in Papiniano verſati, non deſunt qui reliquias iſtas tam precioſas negligant, Vidique magnum Doctorem vt ſibi quidem videbatur, qui cùm inter diſputandum vrgeretur aliquando iis ſententiis quæ ſumptæ eſſent vel ex Titulis Vlpiani, vel ex Inſtitutionibus Caij, vel denique ex libris Sententiarum Pauli, ſolebat illas riſu ſolo eludere, & libros iſtos omnes *ſolitarios* vocitare. Sed politiores & elegantiores noſtros Doctores, qui ex Romanarum antiquitatum monumentis pleroſque difficiles & perplexos iuris noſtri locos enodare didicerunt, magis miror in ea iuris regula interpretanda, ad ceſſionem quæ in iure fieret, non animaduertiſſe. Sed illud longè difficilioris videtur eſſe inueſtigationis, Cur olim teſtamentaria hereditas cedi non poſſet antequàm eſſet adita, Legitima verò poſſet, vt Vlpianus noſter refert: An quia minùs iuris in acquirenda hereditate habeat heres teſtamentarius quàm legitimus?

Atqui.

Digitized by Google

Atqui tantò plus iuris habere videtur, quantò fauorabilior eſſe creditur, cùm cauſa teſtati ſemper præcedat cauſam inteſtati *l. quandiu* 39. *de acquir.hered. l.quandiu* 89.*de reg.iur.*Niſi ſi quando teſtator contrarium diſpoſuerit, vt in *l ſi quis ita* 82. *D.de hered.inſtitu.* Nempe quoniam ei qui in teſtamento ritè condito heres inſtitutus eſt, non tantùm lex defert hereditatem, ſed etiam teſtator cuius voluntatem lex hoc caſu ſubſequitur, Ei verò qui ab inteſtato vocatur, lex ſola defert hereditatem, non etiam paterfamilias, niſi quatenus creditur is velle ſubſequi voluntatem legis *l.3. in princip. l.conficiuntur.*8 *§.1.D.de iur.codicill.*Cæterùm neque legitimus heres magis quàm teſtamentarius quicquam iuris habet in hereditate nondum adita, idcóque nec ad heredem ſuum eam tranſmittit. Aditio enim hereditatis ſola ea eſt quæ heredem facit, non delatio ſiue à lege illa fiat, ſiue etiam à teſtatore *l. delata* 151. *De verbor.ſignificationib.* Ratio igitur, ni fallor, petenda ex eo eſt, quod ſicuti delatio hereditatis legitimæ fit à ſola lege, ita & ceſſio in iure fit ex eiuſdem legis poteſtate, Ideóque facilè ſe lex interponit vt hereditatis legitimæ priùs etiam quàm adita ſit ceſſionem fieri patiatur, cùm neque voluntas, neque factum hominis in ea re vllum intercedat, Tam enim facile eſt legi deferre hereditatem ceſſionario ex agnati proximi eiuſdémque cedentis voluntate, quàm agnato ipſi, támque facile heredem facere ceſſionarium quàm cedentem. Et ob id Vlpianus *dict. tit.* 19.*D.de acquiſit.rer.* ait eodem in omnibus iure cenſeri eum cui hereditas à proximo agnato in iure cedatur, quo cenſeretur agnatus proximus ſi heres eſſet. Ceſſionarium enim heredem verè fieri & quidem ſolum & ex toto aſſe, cùm nolit agnatus proximus heres eſſe qui ad alium per ceſſionem transferre voluit hereditatem. At in delatione hereditatis teſtamentariæ aliud eſt, quia licèt lex duodecim tabul. perinde confirmet hereditates teſtamentarias, atque legitimas *l.lege obuenire* 130. *D. de verbor.ſignific.*confirmat tamen teſtamentarias ſecundum teſtantis voluntatem quatenus iuſta illa eſt, Nunquam verò aliter quàm voluntas ferat, ne quid vel contra vel præter voluntatem facere videatur. Atqui teſtator non alij ſuam hereditatem ex teſtamento detulit, quàm ei quem heredem ſcripſit, Nec rurſum alij delatam eum voluiſſe credendus eſt ſi heres inſtitutus adire illam ex teſtamento nollet: Alioqui adſcripſiſſet ei vel ſubſtitutum vulgarem, vel ſaltem coheredem qui repudiante coherede quodammodo tacitè ſubſtitutus videri poſſet, *l. poteſt* 36.*de vulg.& pupill.ſubſt. & Inſtitut. eod. titul. in princip.* Iunct.*l.ſi Titio* 61.*§.Iulianus de legat.*2.*l. non iuſtam* 4.*C.ad SC. Trebellianum.* Cùmque nec ſubſtitutum nec coheredem ei dederit, vix aliud de ipſius voluntate ſuſpicari poſſumus quàm vt deficiente ſcripto herede ſiue quòd nollet, ſiue quod non poſſet adire hereditatem, haberet ſucceſſorem agnatum proximum, cui ſciebat futurum vt lex hereditatem deferret. Proinde fieret non modò præter ſed etiam contra ipſius voluntatem, ſi heredi ſcripto permitteretur cedere in iure hereditatem quam ipſe nondum adiiſſet. Cedendo enim faceret heredem illum quem teſtator heredem habere non voluiſſet, imò verò de quo fortaſſis nunquam cogitaſſet atque ita hereditas præriperetur legitimo heredi ad quem non ſolùm ex lege, ſed etiam ex tacito defuncti iudicio peruenire deberet. At cùm legitimus & agnatus proximus cedit in iure hereditatem etiam extraneo, nihil tale nec metui, nec

Digitized by Google

tractari poteſt. Nam ſiue expreſſam, ſiue tacitam defuncti voluntatem intueare, ſiue ipſam quoque legis deſtinationem & poteſtatem, nemo eſt cui poſſit videri facta iniuria per ceſſionem hereditatis in iure, quam agnatus proximus extraneo cuilibet fecerit. Cum ita conſtituto vetere iure ciuili, vt in agnatis non eſſet ſucceſſio non magis quàm in ſuis *l. 1. §. ſciendum eſt. D. de ſuis & legit.* hoc eſt vt ſi is qui mortis tempore agnatus proximus inueniebatur, nollet heres eſſe legitimus, nihilomagis ſequentes agnati admitterentur, quaſi conſumpta per vnicam primámque delationem tota legis poteſtate, propterea quòd non niſi ſemel locuta lex eſſet, ſolíque agnato proximo familiam detuliſſet: Neceſſe eſſet agnato proximo nolente adire, hereditatem deficere, fieríque bona vacantia & vindicari fiſco, dummodò eſſent ſoluendo. Quoadusque Prætor huic incommodo proſpexit propoſito edicto ſucceſſorio vt qui non poterant poſt agnatum proximum ſuccedere tanquam agnati, ſuccederent ſaltem tanquam cognati, nec prius fierent bona vacantia quàm vel cognatus nullus supereſſet, nec aliquis ex iis bonorum poſſeſſionem ex capite Vnde cognati accepiſſet, tumque ad abſtinendum reſtitutus in integrum fuiſſet. *dict. §. placebat leg.* 1. & 2. *D. de ſucceſſ. edict.* Itaque mirum non eſt eam fuiſſe vim & poteſtatem eius ceſſionis, quę in iure ac ſollenniter facta eſſet, vt heredem faceret eum cui ceſſa eſſet hereditas ab agnato proximo, etiam quam is nunquam adiiſſet. Pendebat enim ex eadem poteſtate eiuſdem legis, duodecim ſcilicet tabularum, vt heres fieret quiſquis hereditatem iacentem adiret, ſiue cedens ille eſſet, ſiue ceſſionarius, hac ſola differentia, quòd cedens qui alius eſſe non poteſt quàm agnatus proximus, ſi adiret fieret heres per legem immediatè: Cùm tamen ceſſionarius fiat quidem æquè heres à lege, ſed non immediatè, at per mediam in iure ceſſionem. Vnde eſt quòd illum legitimum heredem appellamus, hũc ceſſionarium, Illam legitimam hereditatem, hanc ceſſiciam, vt & ceſſiciã tutelam apud Vlpianum. Nam quemadmodũ hereditas, ita & tutela cedi poterat in iure, omnia denique iura & quæ in iure conſiſterẽt vt ſupradicto loco Vlpianus ſcribit. Erat enim ceſſionis vſus vt magis neceſſarius, ita longè frequentiſſimus ad iura transferenda, quæ nec mancipari, nec tradi poterant. Adeò vt ceſſa hereditate non ideò res hereditariæ ſingulæ ceſſæ intelligeretur, ſed ſpeciali in res ſingulas ceſſione opus eſſet, quarum dominium iure Quiritium ex ea cauſa in ceſſionarium transferre cedens vellet, vt dicemus *in Error. ſeq.* Quia nimirum aliud eſſet hereditas, aliud res ſingulæ hereditariæ, *leg. in fideicommiſſaria* 18. *D. ad SC. Trebell. leg. hereditas* 50. D. *de hered. petit.* nec proinde ceſſa hereditate poſſent ideò videri ceſſæ res hereditariæ ſingulæ, nec aliud quicquam niſi quòd conceptis & ſollennibus ceſſionis verbis disertè comprehenſum inueniretur. Cæterùm hereditate in iure ceſſa, priùs quàm adita eſſet, non dubitabatur quin iura omnia quę & defuncto & in defunctum competierãt, tranſirent in ceſſionarium tanquam in verum heredem quomodo tranſitura fuiſſent in agnatum proximum ſi is hereditatem adire quàm cedere maluiſſet: Alioqui non fuiſſet vera iuſtáque ceſſio, quę ius omne cedenti ſiue delatum ſiue iam acquiſitum in ceſſionarium non tranſtuliſſet. Quid enim prohibere poterat quominùs ceſſionarius verè fieret heres, cùm alius aut antè, aut præter ipsũ nullus eſſet? Habebat igitur perinde ac alius heres quilibet ſiue teſtamentarius, ſiue legi-

legitimus actiones omnes directas tam actiuas quàm paſſiuas quibus & cõuenire ipſe debitores hereditarios, & à creditoribus hereditariis conueniri directò poſſet, cùm alius nemo eſſet in cuius perſona directæ reſiderent. Ita fiebat vt nec vtilibus actionibus indigeret qui habebat directas *l. ſi heres 70. in princip. D. ad SC. Trebell.* neque vtiles vllas habere poſſet, quippe quæ nunquam in eadem perſona, & reſpectu eiuſdem rei poſſint ſimul cum directis conſiſtere, vt ſæpiùs monuimus. At in eo cui fideicommiſſaria hereditas ſiue ex teſtamento, ſiue ab inteſtato reſtituta eſt diuerſa ſunt omnia. Is enim ſicuti heres non fit per reſtitutionem, ſed tantùm heredis loco eſſe incipit, propterea quòd hereditatem priùs aditam fuiſſe neceſſe eſt vt reſtitui potuerit, Eum autem qui ſemel adeundo factus heres ſit, heredem ſemper remanere *§. reſtituta Inſt. de fideic. hered.* Ita neque directas actiones habere poteſt, quæ in perſona heredis remanent, & conſequenter indiget neceſſariò vtilibus, ad agendum, nec rurſum conueniri poteſt niſi vtilibus per creditores, hereditarios, Quos tamen idcircò neceſſe eſt contra eum agere ad ſuum conſequendum, quòd ſi directa actione experirentur aduerſus heredem, qui iam hereditatem reſtituiſſet, ſummoueri poſſent exceptione reſtitutæ hereditatis, *dict. l. ita tamen 27. §. qui ex Trebelliano D. ad SC. Trebell.* Media ſiquidem perſona heredis grauati qui adiit & qui poſt aditionem heres manet impedit omnino ne perſona defuncti coniungi poſſit cum perſona fideicommiſſarij, atque ita ne in fideicommiſſarium tranſire poſſint iura quæ in heredem quemlibet tranſirent, & quæ nihil tale vetat tranſire in eum cui ceſſa eſt à legitimo herede ante aditionem hereditatis. Verùm quid ſi hereditas ceſſa ſit in iure, ſiue à teſtamentario, ſiue à legitimo herede poſt aditionem? Iam enim diximus, cùm ceſſio fit aditæ hereditatis, nihil intereſſe an teſtamentarius, an legitimus heres ille ſit qui cedit, An aliqua erit hoc etiam caſu differentia inter ceſſam & reſtitutam ex Trebelliano hereditatem. Hic verò alius tractatus eſt, & dignus planè quo hanc Decadem concludamus.

ERROR DECIMVS.

Si hereditas iam adita in iure ceſſa ſit, An & in quo differat ab hereditate ex SC. Trebelliano reſtituta. Ad Vlpian. tit. 19. & in l. 1. D. ad SC. Trebell.

IN eo ipſo Vlpiani titulo quẽ ſuprà citauimus, qui eſt *tit. 19. de acquiſ. rer.* ſcribit ille, Si antequàm adeatur hereditas in iure ceſſa ſit, perinde fieri heredẽ eum cui ceſſa eſt acſi ipſe heres legitimus eſſet. *Quòd ſi poſteà*, inquit, *quàm adita fuerit, in iure ceſſa ſit; is cui ceſſa eſt permanet heres, & ob id creditoribus defuncti manet obligatus, Debita verò pereunt, id eſt debitores defuncti liberãtur.* Hoc verò ſi ita eſt, magna quoq; & aperta erit hac parte differẽtia inter ceſsã hereditatẽ & reſtitutam. Cùm enim hereditas fideicõmiſſaria ex Senatuſcõſulto Trebelliano reſtituta eſt, conſtat nõ fieri heredem illum cui hereditas

reſtituta fuit,ſed tantùm heredis loco,heredem autem eum manere qui primùm heres fuit, & qui hereditatem ipſam reſtituit *§. reſtituta inſtit. de fideic. hered.* Adeò vt perinde actiones directæ quæ & defuncto & in defunctum competierant competant heredi & in heredem etiam poſt reſtitutionem, acſi hereditatis reſtitutio nulla facta eſſet, Licèt ex vtraque parte fiant inutiles, & inefficaces per oppoſitam exceptionem reſtitutæ hereditatis ſiue ab herede conuento per creditores hereditarios,ſiue à debitoribus hereditariis conuentis per heredem *l. ita tamen 27. §. qui ex Trebelliano D. ad SC. Trebell.* Cuius iuris ratio illa eſt, quòd ex generali iuris regula quiſquis ſemel heres fuit, ſemper heres perſeuerat, quódque vni homini duo in ſolidum heredes eſſe non poſſint *l. ei qui ſoluendo 88. de hered inſtit. l. quod contra 141. §. 1. de regul. iur.* Sic enim fit vt neque heres qui hereditatem reſtituit deſinere poſſit heres eſſe per reſtitutionem, neque poſſit fideicommiſſarius fieri heres alio iam herede exiſtente: Quemadmodum nec hereditas videri amplius poteſt illa quæ iam adita fuit,cùm ex die aditionis facta ſit patrimonium heredis *l. 1. D. de ſeparat.* Nec contrarium eſt quod fideicommiſſarias quoque hereditates æquè hereditates appellamus *tot. tit. de fideic. heredit. l. 1 ad SC. Trebell.* Id enim fit habita relatione ad id tempus quod fuit ante aditam hereditatem, non ad id quod poſteà, Vt omnium apertiſſimè Vlpianus idem noſter expreſſit *in d. l. in fideicommiſſaria*, vbi ait, Eum qui rogatus eſt hereditatem reſtituere,id videri rogatum reddere quod fuit hereditatis, ac proinde quod neque hereditas eſſe hodie,neque hereditatis dici poſſit,Nec valde diſſimiliter Iulianus *in l. 2. §. vlt. D. de iur. codicill.* ſcribit Hereditatem teſtamento inutiliter datam non poſſe codicillis quaſi hereditatem confirmari,ſed ex fideicõmiſſo peti ſalua ratione legis falcidiæ. Quibus verbis opponit euidẽter hereditatẽ quę quaſi hereditas petitur,hereditati qua petitur quaſi ex fideicõmiſſo: Vt ſignificet hereditatem fideicõmiſſariam nõ peti quaſi hereditatẽ, ſed quaſi bona defuncti,quæ aliquando fuerint hereditatis,& deſierint tamẽ eſſe per aditionem.Quod cùm ita ſit difficile eſt dicere quo ſenſu aut qua ratione verum eſſe poſſit quod ex Vlpiano *in dict. tit.* 19. ſcriptum legimus,ſi hereditas iam adita ſubinde ceſſa ſit in iure,cum cui ceſſa eſt permanere heredem.Id enim admitti certè non poteſt,quin certiſſima iuris ratio regulǽq; omnes violentur, Non nego etiam iure ciuili aliquos caſus eſſe in quibus is qui heres aliquando fuit,heres tamen eſſe eodem iure ciuili deſinit, Vt puta ſi quis hereditatem adierit ex eo teſtamento quod poſteà inofficioſum pronunciatum ſit *l. in ſubſtitutione 31. in princi. D. de vulg. & pupill ſubſt. l. circa 24. & paſſ. D. de inoff. teſtam.* Aut ſi heres ſcriptus redactus fuerit in ſeruitutem poſt aditam hereditatem *l. ex facto 43. §. vlt. de vulg. & pupill. ſubſt.* Aut denique ſi heres intra annum poſtquàm adiit hereditatem non impleat voluntatem defuncti teſtatoris. Amittit enim hoc ipſo hereditatem, eá que vel ad coheredem ſi quis ſit, vel ſi nullus erit,ad fideicommiſſarium aut recuſante quoque fideicommiſſario ad legatarios pertinet ex Iuſtiniani *Nouell. 1. §. ſi quis autem De hered. & falcid.* Hi enim tres caſus ſunt in quibus ita comparatum eſt vt qui heres iure ciuili fuit, poſteà tamen eſſe deſinat. Quos latiùs proſecuti ſumus & explicauimus *in Error. 2. Decad.* 27. Sed omnes illi caſus vt nemo non videt, pertinent ad cauſam teſtati, Excepto ſecundo, qui ad legitimum quoque heredem extendi poteſt quia eum qui ex libero fit ſeruus, neceſſe eſt ex herede fieri non heredem, Eodem prorſus iure, quo deſinit heres

Digitized by Google

eres eſſe quiſquis moritur ſine herede alióve ſucceſſore: Cùm ſeruus non magis poſſit manere quàm fieri heres, quia ſeruitus morti æquiparatur *l. intercidit* 57. *De condic. & demonſtr. l. ſeruitutem* 209. *de reg. iur.* Cæterùm extra hunc caſum non poteſt fieri vt qui ſemel heres fuit deſinat heres eſſe niſi ex teſtamento, Quia quoties factum eſt teſtamentum, duo caſus ſunt, vnus teſtati, alius inteſtati. Et corruente teſtamento ſiue ab initio, ſiue ex poſtfacto vt per querelam inofficioſi teſtamenti, neceſſe eſt fieri locum ſucceſſioni inteſtati, ſed ab inteſtato vnus tantùm caſus eſt *leg. ab inteſtato* 16. *in fin. D. de iur. codicil.* Ideóque fieri nequit vt qui ab inteſtato heres factus eſt deſinat eſſe heres, niſi cùm factus eſt ſeruus, Atqui Vlpianus *in dict. titul.* 19. *De acquiſit. rer.* cùm ait eum cui ceſſa eſt in iure hereditas permanere heredem, licèt eum quoque caſum tractet quo ſit adita hereditas ex teſtamento, illum tamen æquè complectitur quo adita ſit ab inteſtato. Differentiam námque ponit inter hereditatem ceſſam in iure ante aditionem, & eam quæ poſt aditionem ceſſa ſit: Cùm tamen priùs dixerit nonniſi à legitimo herede cedi poſſe hereditatem priuſquàm adeatur. Ergo fateamur quod res eſt, & quod Vlpiani commentator & emendator doctiſſimus Iacobus Cuiacius ad eum tit. obſeruauit, Corruptum eſſe Vlpiani locum, nec ad illum cui ceſſa ſit hereditas, ſed ad eum qui ceſſerit referri debere quod ait Vlpianus heredem ipſum permanere. Id enim ita eſſe apparet non ſolùm ex propria ſignificatione verbi *permanet* quod nullomodo poteſt ei conuenire, qui nunc primùm heres fiat ſed illi tantùm qui iam antea heres fuerit, ſed etiam ex antitheſi quam format Vlpianus ex eo quod dixerat in verſiculo præcedenti. Opponit enim caſum illum, quo ceſſa ſit hereditas ab agnato proximo ante aditam ab eo hereditatem, & caſum quo facta ſit ceſſio poſt aditionem. Et ait ceſſa hereditate per agnatum proximum ante aditionem, perinde fieri here[illegible] legitimum eum cui ceſſa eſt, acſi ex ſua perſona & ab initio eſſet heres [illegible]mus. Nec enim poteſt heres ille eſſe aut permanere, qui ceſſit, cùm hereditatem nunquam adierit. At cùm ceſſio facta eſt poſt aditionem, per quam heres iam factus ſit is, qui hereditatem cedit, permanet vtique heres qui fuit, Tantúmque abeſt vt poſſit dici è contrario permanere ceſſionarium heredem qui numquam fuerit, Vt neque fieri per ceſſionem heres poſſit, alio ſcilicet herede iam exiſtente: Alioqui duo eiuſdem hominis, eiuſdémque hereditatis heredes in ſolidum inducerentur, Quod rationi iuris vſque adeò repugnat, vt nec legis vllius poteſtate id fieri poſſit, quemadmodum aduerſus Bartolum diſputauimus *in Error.* 5. *Decad.* 27. Idem probatur etiam ex eo quod ſequitur apud Vlpianum *& ob id creditoribus defuncti manet obligatus.* Quomodo enim manebit obligatus ceſſionarius, qui non fuerit obligatus ante ceſſionem? Obligari quidem nunc primùm poſſet ſi iuris ratio ita ferret. Sed obligatus manere non poteſt. Imo verò cùm cedens adierit hereditatem, atque ita cœperit eſſe obligatus creditoribus defuncti cum quibus quaſi contraxiſſe intelligitur per aditionem *leg.* 3. *§. vltim. quibus ex cauſ. in poſſ. eat.* neceſſe eſt vt permaneat ipſe obligatus. Nec enim facto ſuo & ignorantibus creditoribus potuit ſibi acquirere liberationem *leg. cùm hereditate* 55. *de acquirend. heredit. leg. ſi ſeruum* 81. *§. videamus De verbor. obligationib.* quod tamen contingeret ſi per ſolam hereditatis ceſſionem in iure factam liberaretur. Denique ſi is cui poſt aditionem ceſſa eſt hereditas fieret heres & permaneret

Digitized by Google

obligatus creditoribus hereditariis,non poſſet reddi ratio eius quod ſequitur apud Vlpianum *debita eo caſu perire,id eſt,debitores liberari.* Cur enim liberarentur, ac non potiùs obligati manerent ceſſionario qui verus heres eſſet? Certum ſiquidem eſt in omni hereditate ex lege 12. tab. contineri debita & credita,nec minùs obligari per legem 12. tabul. hereditarios debitores heredi, quàm heres ipſe creditoribus hereditariis obligatur. *leg. 1. C. ſi cert. pet. l. 1. & 2. C. ſi vnus ex plurib. hered. debit.* At ſi cum Cuiacio, mecúmque ſic ſentias vt ceſſa poſt aditionem hereditate ſiue per teſtamentarium heredem,ſiue per legitimum heres nihilominùs permaneat is qui ceſſit. Non tantùm vera ſed etiam perelegans erit Vlpiani ſententia,& ratio diuerſitatis non obſcura, Cur cedens qui heres permanet, maneat obligatus creditoribus hereditariis, debitores autem ab eo liberentur. Nam vt bene Cuiacius notat,Ideò creditoribus obligatus manet,quòd cum iis quaſi contraxerit adeundo, nec contractam ſemel obligationem, inuitis aut ignorantibus iis facto ſuo diſſoluere poſteà potuerit. Idcirco autem liberantur ab eo debitores quod cedendo hereditatem in iure, vniuerſum ius quod habebat à ſe abdicauerit, quamuis non ob id ius illud transferatur in ceſſionarium, Cui obligari debitores hereditarios ſiue inuitos, ſiue ignorantes iniquum ſanè eſſet: quandoquidem neque ille heres eſt, neque ipſi cum illo vel contraxerunt vel quaſi contraxerunt. Sic enim videmus euenire in vſufructu qui ceſſus eſt extraneo vt quamuis ea ceſſione nihil actum ſit in vtilitatem extranei quia vſusfructus ſeruitus perſonalis eſt, vſusfructus tamen ceſſus ad proprietatem recurrat *l. ſi vſusfructus 66. D. de iur. dot.* quoniam non poteſt remanere penès cedentem fructuarium qui omne ius quod habebat à ſe abdicare voluit,quod facere vtique potuit, tametſi etiam id egerit vt in alium transferret quod facere non potuit. Enimuerò licèt cum Cuiacio exiſtimem corruptum eſſe ſupradictum Vlpiani locum, vix tamen fieri poteſt mihi probabile ſic emendandum eſſe quomodo putat Cuiacius, qui in illis verbis *cui ceſſa eſt* pro *cui* legit *à quo.* Mallémque eodem ſenſu retento legere *qui ceſſit.* Eſſet enim mendum probabilius, natum in poſteriore dictione ex eo quod ſuberat in priore. Nam poſteaquàm cœpit legi *cui* pro *qui* neceſſe fuit reponere *ceſſa eſt* pro *ceſſit*, cùm fortè neutrum integris literis ſcriptum eſſet, ſed breuis vt fieri ſolebat in hunc modum *ceſſ.* Quamquam parum refert vtra lectio ſit probabilior, cùm alterutro ex his modis locum emendandum eſſe conſtet: Niſi quod in emendandis legibus eorum quoque infirmitati quantùm fieri poteſt ſatisfaciendum eſt, quibus non ſufficit emendandi neceſſitatem videre, niſi emendationis aliquam etiam videant probabilitatem. Planè quod immediatè ſequitur apud Vlpianum ſupradicto loco, *Res autem corporales quoties ſingula in iure ceſſæ ſunt, tranſeunt ad eum cui ceſſa eſt hereditas*, non video cur Cuiacius ibidem mendoſum putet atque ita reſtituendum,vt pro iis verbis *cui ceſſa eſt hereditas* reponamus *cui ceſſæ ſunt.* Nam quod vir doctiſſimus ſupponit Vlpianum in præcedentibus non fuiſſe locutum de rebus incorporalibus quæ ceduntur in iure: In eo autem verſiculo incipere agere de rebus corporalibus, ego probare non poſſum, qui video agi quidem de rebus corporalibus, ſed tamen de iis tantùm quæ ſunt in hereditate ceſſa. Id enim apparet tam ex aduerſatiua illa *autem* per quam hic verſiculus ſuperiori connectitur qui erat de

ceſſione hereditatis, Quàm ex iis verbis *quoties ſingula in iure ceſſa ſunt.* Quorſum enim eſſet adiecta dictio *ſingula*, niſi in comparationem, & differentiam hereditatis quæ non in rebus ſingulis, ſed in iure atque vniuerſitate conſiſtit? Nimirum voluit Vlpianus ſignificare Multum intereſſe an hereditas tantùm in iure ceſſa ſit, an cum hereditate etiam res ſingulæ: Priore caſu ſolā hereditatem quatenus in iure conſiſtit tranſire in ceſſionarium, non autem res ſingulas: Poſteriore verò caſu res quoque ſingulas tranſire. Ceſſio enim cùm fieret certis verbis & ſollennibus ſicut & alius quilibet actus legitimus, non aliud complecti poterat, quàm quod ipſa ceſſionis formula diſertè cōprehenſum eſſet. Ergo ſi hereditas tantùm ceſſa erat in iure, ſola hereditas tranſibat non etiā res corporales hereditariæ, nō quia cedi non poſſent, ſed quia ceſſæ non eſſent, tanquam quæ nec hereditas ſint, nec hereditatis, licèt fuerint aliquando hereditatis *d. l. in fideicom.* Vbi addit Vlpianus quod ad rem noſtram valde pertinet, Ideò fructus non venire in reſtitutionem hereditatis fideicommiſſariæ, quòd nō hereditati ſed rebus ipſis ſingulis, quæ hereditariæ aliquando fuerunt, accepto ferantur. Quis ergo miretur, Ceſſa hereditate quæ in iure conſiſtit non in corpore, res hereditarias ſingulas non tranſire in ceſſionarium, niſi & ipſæ ſingulæ ceſſæ ſint cùm res illæ corporales, de quibus ſolis agimus, non hereditatis partem vllam conſtituant ſed bonorum? *l. hereditas* 50. *D. de hered. petit.* iunct. *l. quamuis* 14. *D. ſi quis omiſſ. cauſ. teſtam. l. cogi* 16. *§: inde quæritur D. ad SC. Trebell.* Nihilne igitur Vlpian. dixerit de ceſſione rerum corporalium extra cauſam hereditatis? Dixit, inquam, ſatis cùm initio ſic ſcripſit, *In iure cedi res etiam incorporales poſſunt.* Illa enim dictio *etiam*, includit res corporales de quibus multò minùs dubitari poterat quàm de incorporalibus, cùm tradi quoque poſſint, & mancipari, quorum neutrum conuenit incorporalibus. Et hæc rurſum alia nec minùs elegans differentia eſt quam nemo obſeruat, inter hereditatem ceſſam in iure, & eam quæ reſtituta ſit ex Senatuſconſulto Trebelliano. Nam tametſi non niſi nudo verbo reſtituta ſit hereditas fideicommiſſaria, Attamen ſtatim res omnes hereditariæ etiam corporales fiunt in bonis, ac proinde in dominio vt vocant bonitario fideicommiſſarij, priùs etiam quàm nactus fuerit earum poſſeſſionem, *l. reſtituta* 37. *l. facta* 63. *in princip. eod. tit.* ita vt ſpecialem ſingularum rerum reſtitutionem fieri nullam oporteat, quomodo ſpeciali ſingularum rerum corporalium ceſſione opus eſt vt in eum tranſeant in quem iam ex ceſſione tranſierit hereditas. Nempe quia Senatuſconſultum Trebellianum ex cuius authoritate fit & reſtitutio & tranſlatio hereditatis nihil aliud requirit, niſi vt reſtitutio quoquomodo facta ſit ab herede, dum tamen ex voluntate defuncti & eo ipſo modo quo teſtator voluit. Facta verò reſtitutione quamuis nudo verbo, ſuccedit poteſtas & authoritas Senatuſconſulti quæ nulla poſſeſſionis adprehenſione indiget vt dominium ſaltem bonitarium rerū hereditariarum corporalium transferat in fideicōmiſſarium: Idipſum enim Senatuſconſulti verbis factū eſt quibus placuit omne ius fructúmque fideicommiſſarię hereditatis trāſferri in fideicōmiſſarium, ob ídque & ſubire onus eum oportere. Sic enim lego *in l. 1. eo. ti.* non vt vulgò *ex his*, neque vt Cuiacius *ex duodecim tabulis* quod prorſus improbabile eſt cùm lex duodecim tabularum neque de fideicōmiſſariis hereditatibus locuta ſit, neque verò de fideicōmiſſis, quorū ſcilicet vſus non niſi lōgo pòſt tēpore inductus eſt, ꝙ nō ſēper facultas

ſuppeteret ciuibus romanis faciendi teſtamentum & eas ſollemnitates adhibendi quæ erant neceſſariæ ad faciendam legem, quam porrò facere teſtator non poterat, niſi cùm verbis imperatiuis vtebatur, non cùm precariis, aut vt Vlpianus loquitur, precatiuis. Minúſque probare poſſum quod idem vir doctiſſimus vt ſuam illam emendationem adſtruat, aliam addit, notans in verbis Senatuſconſulti abundare dictionem *hereditatibus* vt quæ præcedit *fideicommiſſariis* non ad fideicommiſſarias hereditates ſed ad ipſos fideicommiſſarios pertineat. Etenim facit hæc emendatio falſam Senatus propoſitionem, quæ ſi eam dictionem tollas, hæc ſupererit, Æquiſſimum eſſe in omnibus fideicommiſſariis, onus eos ſubire in quos ius fructúſque transferatur: cùm non omnes fideicommiſſarij hoc iure vtantur ſed vniuerſales tantùm id eſt ij quibus hereditas ſiue ex aſſe, ſiue ex parte reſtituta ſit. Ergo in fideicommiſſariis duntaxat hereditatibus ea propoſitio vera eſt non in cæteris fideicommiſſis, nec proinde in omnib. fideicommiſſariis. Deinde quis, rogo ſenſus erit horum verborum *ſi qua de his bonis iudicia penderent*. Cur enim *de his bonis* adiecto pronomine demonſtratiuo, ſi in præcedentibus nihil dictum fuerat niſi de fideicommiſſariorum perſonis? At cùm de fideicommiſſariis hereditatibus diſertè locutus eſſet Senatus, eleganter & appoſitè ſubiecit verba ſupradicta vt ſignificaret fideicommiſſarias hereditates, licèt eo nomine appellentur, non tamen verè hereditates eſſe, ſed bona, & quidem heredis in cuius patrimonium conuerſa ſint per aditionem, ſed quæ tamen fuerint anteà hereditatis *d.l.in fideicommiſſaria*. Et quod ſequitur *eos ſubire* non ſic accipiendum eſt quaſi pronomen *eos* adiectiuum ſit alicuius ſubſtantiui præcedentis, ſed ita potiùs vt ſit ſubſtantiuum adiectiui & relatiui ſequentis in illis verbis *in quos ius fructúſque transferretur*. Denique cùm in eadem eiuſdem clauſulæ parte Senatus adiecerit *potiùs quàm cuique periculoſam eſſe fidem ſuam*, quis non videt Senatum in præcedentibus non magis de omnibus hereditatibus quàm de omnibus fideicommiſſariis locutum eſſe, ſed tantùm de fideicommiſſariis hereditatibus, id eſt, (ſunt enim coniugata) de fideicommiſſariis heredibus. Quid verò attinebat loqui Senatum de 12. tabulis cùm tractaret de fideicommiſſariis hereditatibus? Aut quid ſimile vel commune habent directæ hereditates de quibus ſolis locuta eſt lex 12. tabul. cum fideicommiſſariis, ſi Senatuſconſulti Trebelliani authoritatem inſuper habeamus? Imò verò in hereditatibus quæ per legem 12. tab. immediatè heredi deferuntur nihil tale tractari poteſt quale tractatur in fideicommiſſariis: An is ſentire onus debeat in quem ius fructúſque hereditatis transfertur, an penes eum remanere, qui transtulit, Cùm ſolus heres ille ſit & hereditatem habeat cui lex eam detulit, nec vlla hîc tranſlatio ſit quæ ab homine fiat, ſed ea tantùm quæ à lege. Quis ergo alius teneri poſſet oneribus hereditariis quàm heres? aut cum quo inijri certamen inter creditoribus hereditariis teneretur? Nec rurſus exiſtimandum eſt ideò teneri heredem ad onera vniuerſa hereditatis, quòd fructus & emolumentum hereditatis ad eum tranſeat ex lege 12. tabul. ſed quia eadem ipſa lege ſic conſtitutum eſt vt iura omnia hereditaria & actiua & paſſiua tranſeant in heredem *l.1.C.ſi cert.petat.l.vlt.C.de hered.action.l.1.& 2.C.ſi vnus ex plurib. hered.debit.* Alioqui dicendum eſſet Diuiſa per præceptiones inæqualis æſtimationis hereditate inter ſcriptos heredes non pro modo portionum hereditariarum, ſed pro emolumentis præceptionum diuidi æs alienum in-

Digitized by Google

ter coheredes oportere,quod nõ ita eſt *d leg.1.C.ſi cert.petat.leg ex facto 35.§.1.D.de hered.inſtitu.* Itémque ſi legatis exhauſta ſit hereditas ita vt ſolutis iis nihil remanſurum ſit penes heredem,nullum quoque onus hereditarium debere apud eum remanere,ſed transferri onera omnia in legatarios contra *d.l.vlt C.de hered act.* In ſumma nec fuiſſet neceſſarium SC.Trebellianum ad trãsferẽda onera in fideicommiſſarium.Potuiſſet enim heredi ſufficere,ad onera omnia exuenda vt totam hereditatem fideicommiſſario reſtituiſſet. Sed quod addit Cuiacius,non tantùm in directis hereditatibus de quibus locuta eſt lex duodecim tabularum , ſed etiam in iis quę ceduntur in iure, ita ius comparatum eſſe vt onera ſubeant ii in quos ius fructúſque transfertur, multò euidentiùs falſum eſt. Nam is qui hereditatem in iure ceſſit, ſicut heres permanet , ita & omnibus hereditariis creditoribus ſolus obſtrictus manet,ac proinde remanent penes eum onera , licèt commoda ei pereant etiam quæ in ceſſionarium tranſire non poſſunt quandoquidem debita pereunt ſi nõ exacta ſint ante factam in iure ceſſionem & liberantur debitores,quemadmodum ex eiuſdem Cuiacij non minùs quàm ex Vlpiani ſententia ſuprà docuimus. Et hæc alia quoque differentia eſt inter ceſſam & reſtitutam hereditatem, quòd in ceſſionarium non tranſeunt onera hereditaria , quæ poſt Senatuſconſultum Trebellianum tranſeunt in fideicommiſſarium. Item illa quòd per ceſſionem in iure factam pereunt debita quæ non pereunt per reſtitutionem. Hæc omnia ideò quia circa reſtitutionem hereditatis fideicommiſſariæ ita ſpecialiter prouiſum eſt per SC.Trebellianum,circa verò ceſſionem hereditatis non ſimiliter. Sed hoc ipſum cur ita? Nimirum quia ceſſio fit ex mera voluntate cedentis , reſtitutio verò fideicommiſſi ex neceſſitate , & vt voluntati teſtatoris ſatisfiat, cui aliter ſatisfieri non poſſet,ac quam tamen impleri nõ tantùm fideicommiſſarij intereſt,ſed etiam reipublicæ : quod nemo ſimiliter dixerit de ceſſione in iure, quæ non lex eſt vt teſtamentum defuncti , ſed contractus inter priuatos , qui proinde neque fauore neque authoritate legis cenſeri põteſt. *l.vlt.D de ſuis & legit.* Ex his porrò apparet quàm frigida & ieiuna ſit noſtrorum diſputatio ad *l.ex aſſe 28.D.ad SC.Trebell.* vbi quærunt ſi primus fideicommiſſarius eandem hereditatem alteri reſtituere rogatus ſit,cur nullæ actiones in perſona prioris fideicommiſſarij remaneant , neque directæ, quia nunquam eas habuit , neque vtiles,quia eas tranſtulit in ſecundum: cùm tamen in perſona heredis rogati remaneant directè etiam poſt reſtitutionem. Accurſius enim dixit,ideò plus iuris habere rogatum heredem quàm priorem fideicommiſſarium,quòd heres ius habeat à lege 12.tab. fideicommiſſarius verò non niſi à Senatuſconſulto Trebelliano ,à quo etiã ſecundus fideicommiſſarius ius habet. Quaſi minoris poteſtatis ſit SC.Trebellianum quàm lex 12.tab.Caſtrenſis autem & poſt eum alij reprehendunt, quòd non minoris poteſtatis ſint Senatuſconſulta quàm leges 12. tab. cùm perinde faciant partem iuris ciuilis: Ideóque nec dubitant quin facere potuerit Senatus ſi voluiſſet vt fideicommiſſarius & eſſet heres & actiones directas haberet. Ratio ſanè Accurſij eſt mala,ſed Caſtrenſis & aliorum reprehenſio peſſima:etſi enim par fuit penè authoritas Senatuſconſultorum & legum qui Senatuſconſulta legibus ſimiles conſtitutiones appellantur. *§. quos autem Inſtit.de bonor.poſſ.* in propoſito tamen,id eſt cùm tractatur de hereditate fideicommiſſaria quæ adita iam ſit & reſtituta per heredem , non

Digitized by Google

potuit Senatus facere, quod feciſſet ſanè ſi potuiſſet, vt vel fideicommiſſarius heres fieret, vel etiamſi heres non eſſet, directas tamen actiones haberet. Repugnabant enim directò iuris regulæ quæ nec patiebantur vt qui per aditionem heres factus eſſet, per reſtitutionem heres eſſe deſineret, neque vt vni homini duo in ſolidum heredes eſſent, idque non defectu poteſtatis in Senatu, ſed propter repugnantiam & contradictionem quæ ineſt ex parte rei. Quomodo ſolemus dicere, non quod vel minùs incautè vel valde impiè plerique Deum Opt. Max. non poſſe facere illa quæ implicant contradictionem, ſed, vt loquendum eſt, iſta quæ contradictionem implicant, fieri nullo modo poſſe. Quare nec duodecim tabularum lege hoc fieri potuiſſet, etiamſi de fideicommiſſis locuta illa fuiſſet non magis quàm lege Ælia Sentia *in l. ei qui ſoluendo* 88. *de hered. inſtit.* Fecit autem in herede quia in eo nihil erat quod voluntati, & poteſtati legis repugnaret. Nec illud quoque dici poteſt, quod tamen ab Accurſio primùm traditum cæteri omnes probant, ideò nullas actiones remanere penès fideicommiſſarium priorem quòd ex vtilibus quas ſolas habuit non poſſint produci aliæ vtiles, quomodo ex directis vtiles producuntur. Falſum enim eſt vtiles quæ ex Senatuſconſulto tranſeunt ab herede in fideicommiſſarium naſci ex directis: Cùm naſcantur ex ipſa reſtitutione, iuncta Senatuſconſulti authoritate, quaſi ab ipſo herede tranſlatæ: Tametſi non habuerit eas heres ſed directas: Exemplo ſcilicet eius, quod aliis nonnullis caſibus euenit vt etiam id quod noſtrum non eſt ad alium transferamus, vt cùm is qui fundum habet cedit alteri vſumfructum *l. quod noſtrum* 63. *de vſufr.* Dicendum igitur eſt remanere directas penès heredem, quia non poſſunt ab eius perſona ſeparari cui ſemel adhæſerunt, non autem remanere penes fideicommiſſarium vtiles quas ſolas habuit, quia nihil prohibet quominùs in ſecundum fideicommiſſarium transferantur, cùm fieri nequeat vt plures vtiles in pluribus perſonis eſſe poſſint, non magis quàm vt plures directæ. Neceſſe ſiquidem eſſet inutiles effici in vnius perſona ſi in alterius perſona eſſent vtiles, ſicut & directę conſtitutis in alterius perſona per ſeparationem vtilibus quaſi diſcreta æquitate à ſummo iure fiunt inefficaces *l. procuratore* 55. *D. de procurat. l. ſi cum emptore* 16. *D. de pact. d. l. ita tamen* 27. §. *qui ex Trebelliano D. ad SC. Trebell.*

ANT.

ANTONII FABRI I.C. SEBVSIANI SENATORIS SABAVDIENSIS, ET IN GEBENNENSIS DVCATVS AVDITORIO PRAESIDIS,

DE ERROR. PRAGMAT. ET INTERPR. IVR. DECAS LXXI.

Error primvs.

De clauſula codicillari appoſita in poſteriore teſtamento inutili.

Qvamvis inter vulgares clauſulas quas in conſcribendis teſtamẽtis adhibere notarij ſolent, nulla ſit frequẽtior, quàm quæ codicillaris dicitur, per quam iubet teſtator vt ſi teſtamentum nõ valeat iure teſtamenti, valeat iure codicillorum. Nondũ tamen inter pragmaticos noſtros bene conſtat quænam huius clauſulæ vis & poteſtas eſſe debeat, aliis eam aliter & concipientibus, & interpretantibus. Vulgus pragmaticorum, exiſtimat tantam eius eſſe vim, vt per eam teſtamentum ſuſtineatur, quod nos iam alibi non ſemel refutauimus, quia tantum abeſt vt ſuſtineri teſtamentum poſſit per huiuſmodi clauſulam, vt nec aliter effectum habere illa poſſit, quàm ſi teſtamẽtum non valeat, quippe quæ ſub hac nominatim condicione concipiatur: Neque hoc ipſi etiam pragmatici ignorant, ſed pro ſuo more, ne dicam iure, faciunt vt illa etiam quæ rectè ſentiant, malè ac imperitè vt plurimùm exprimant, ignoratione ſcilicet propriæ ſignificationis verborum. Hoc enim potiùs volunt dicere, quod certè verum eſt, nec nos negamus, Voluntatem teſtatoris in eo teſtamento declaratam quod ex aliqua cauſa ſit inutile, conſeruari per clauſulam codicillarem vt defendatur non quaſi teſtamentum, ſed iure codicillorum. Longè verò aliud eſt teſtamentum ſuſtineri, Aliud, ſuſtineri voluntatem quæ teſtamento continetur. Omne teſtamentum voluntas teſtatoris eſt, ſed non è conuerſo voluntas quælibet teſtantis dici poteſt teſtamentum. Facit ergo clauſula hæc quotieſcunque vtiliter adhibetur nec quicquam impedit quominùs effectum ſuum habeat, vt teſtamentum conuertatur in codicillos & inſtitutio directa quæ teſtamento continebatur, ad fideicommiſſum flecti debeat: In eóque interpretes omnes conſentiunt. Sed hoc ipſum quomodo accipiendum ſit, nondum apud omnes liquet. Sunt enim qui putent nullam huius clauſulæ vim eſſe poſſe, niſi ab inteſtato, Ha-

Digitized by Google

ctenus nimirum vt legitimi heredes ad quos legitima hereditas peruentura eſt, rogati cenſeantur de reſtituenda iis hereditate qui in eo inutili teſtamēto ſcripti reperiuntur, Idq; non ſolùm ſi aliud teſtamentum ritè ac ſolleniter factum nullum præceſſerit, qui caſus nullam penitus admittit hæſitationem: Sed etiamſi teſtamentum aliud præceſſiſſe probetur, ex quo adiri poſſit hereditas, & quod per inutile poſterius reuocare teſtator voluerit, nec tamē potuerit. An vt hoc caſu æquè reſtitui debeat hereditas iis qui poſteriore teſtamento inutiliter ſcripti ſunt, tanquam grauatis ſucceſſoribus inteſtati? Minimè. Nam cùm prius teſtamentum quod nos valere ponimus, impediat omnino ne vllus legitimæ ſucceſſioni locus fieri poſſit, Nec illud ſanè fieri poteſt vt fideicommiſſum vllum ab inteſtato debeatur: Sed vt neque teſtamentarij heredes priore teſtamento ritè inſtituti obſtringantur fideicommiſſo: Quomodo vtique obſtringerentur erga ſcriptos in poſteriore teſtamento ſi per clauſulam codicillarē in eo appoſitam rogatus intelligeretur quiſquis teſtatori ſucceſſurus eſſet non minùs qui ex priore teſtamento vtiliter condito, quàm qui ab inteſtatò. Cúmque duplex codicillorum differentia ſit, vt alij valeant ex teſtamento, alij verò non niſi ab inteſtato, ſententia iſtorum eſt quam & nos ſecuti videmur *in Error. 9. Decad* 39. per clauſulam codicillarem nunquam induci codicillos teſtamentarios, ſed eos qui ab inteſtato tātùm valere poſſint. Pro cuius ſententiæ confirmatione adferunt omnes penè iuris locos in quibus mentio aliqua eius clauſulæ ſiue à prudentibus noſtris, ſiue ab Imperatoribus facta eſt, in quibus videas nō alium clauſulæ effectum dari, quàm vt qui ab inteſtato ſucceſſuri ſunt rogati videantur de voluntate defuncti per fideicommiſſum conſeruanda. Vt in *l. ex ea ſcr ptura 29. §. 1. D. qui teſt. fac. poſſ. l. Lucius* 88. *ali's l. codicillis §. vlt. De legat. 2. l. coheredi* 41. *§. cum filia D. de vulg & pupill. ſubſt l. generaliter* 24. *§. ex teſtamento D. de fideic. libert. l. 1. C. eod. l. vlt. C. de codicil.* Ratio autem, qua potiſſimùm nituntur, nec inſubtilis, vt prima facie videtur, illa eſt, quòd quiſquis priore teſtamento iam ritè condito aliud facit, ea proculdubio eſt voluntate, vt prius reuocatū velit, non ſolùm ſi diſertis verbis id expreſſerit, quomodo exprimere notarij paſſim ſolent, ſed etiamſi nihil de eo cauerit quippe qui ſciat aut ſcire debeat, non poſſe quemquam in paganis decedere cum duobus teſtamentis, nec ſi maximè velit, ſolorúmque militum priuilegium illud eſſe *l. quæ ebatur* 19. *l. miles ſi teſtamentum* 35. *D. de teſtam milit.* Ergo, inquiunt, fieri non poteſt vt codicillos quos per adſcriptam clauſulam codicillarem facit, ad prius illud teſtamentum referat, vtq; cogitet de confirmandis iis ex illo teſtamento quod reuocatum & nullius momenti eſſe velit. Quomodo enim poſſet codicillorum fieri confirmatio ex teſtamento reuocato? Nec ad rem facit, quod cùm poſterius teſtamentum imperfectum, & inualidum eſt, non eo minùs valeat prius quòd teſtator id ſe valere nolle dixerit, cùm teſtamētum perfectum non rumpatur per imperfectum niſi in milite *d. l mil s*, aut cùm in poſteriore inſtituti ſunt ij qui ab inteſtato venire poſſunt *l. 2. D. de iniuſt. rupt.* Nam cùm quærimus de interpretatione clauſulæ codicillaris aut alterius cuiuſlibet in teſtamento appoſitæ, conſtat non tam rationem iuris quàm teſtatoris voluntatem & opinionem inſpiciendam eſſe, Ne alioqui plus operetur clauſula, quàm voluerit is qui eam adſcripſit, quod perabſurdum foret. Eadem igitur facienda eſt interpretatio clauſulæ codicillaris adhibitæ in poſteriore teſtamento, per quod teſtator voluerit reuocatum eſſe prius, acſi reuocatio

Digitized by Google

reuocatio valeret,tametſi re vera nõ valeat.Et conſequenter non magis hoc caſu fieri poteſt vt volũtas poſteriore teſtamento declarata defendatur iure codicillorum teſtamentariorum,quàm ſi nullum teſtamentum præceſſiſſet. Verùm huic ſententiæ illud planè obſtat,quod Pomponius noſter ſcribit *in l.ſi iure* 18.*De legat.* 3.Teſtatorem qui duo teſtamenta fecit in ea videri fuiſſe voluntate vt nõ aliter à priore recedi vellet,quàm ſi poſterius valiturum eſſet:Non quòd hanc condicionem poſteriori ſuo teſtamento iniicere quiſquã poſſit,(nec enim ſicut heredis inſtitutio, ita & actus ipſe teſtamenti ſub condicione vlla fieri poteſt, vt neque leges ſub condicione rogantur) Sed quia is qui poſterius teſtamentum facit,tantò magis declarat nolle ſe inteſtatum decedere, præſertim ſi in poſteriore illo alios heredes inſtituat, quàm qui ab inteſtato ſucceſſuri eſſent, ſolúmque hoc ſignificat malle ſe decedere cum alio,quàm cum priore teſtamento. Quemadmodum & Paulus tractat *in l.Clodius* 97.*De acq. hered.* de eo qui vtroque teſtamento inſtitutus heres ſed priore valido, poſteriore inualido hereditatẽ adijt ex poſteriore quod valere putabat,Non videri eũ idcirco repudiare prius teſtamentũ,cùm poſterius valere exiſtimaret, Etſi habuit ea quæſtio diſſentientem à Paulo Papinianum, hæc verò quam tractamus diſſentientem à Pomponio neminem. Igitur ſiue prioris teſtamenti reuocatio per poſterius expreſſim facta ſit,ſiue per ſolam iuris interpretationem ex eo petitam quod cum duobus teſtamentis non magis velle quàm poſſe decedere quis credẽdus ſit, Voluntas teſtatoris non repugnat, quominùs clauſula codicillaris in poſteriore teſtamento inutili appoſita,inducat codicillos teſtamentarios, qui ex priore teſtamento,quod teſtator reuocatũ iri putabat,vires & confirmationẽ accipiant. Non tam ex ſola iuris poteſtate quòd teſtamentum illud prius non fuerit reuocatũ per poſterius, quàm ex tacita & veriſimili teſtatoris ipſius voluntate,quòd nec aliter reuocatum prius voluerit quàm ſi poſterius valeret: Vt proinde fatendum ſit non ad alias perſonas directos videri codicillos,quàm ad heredes priore teſtamento inſtitutos,quia nec aliæ perſonæ vel ſuccedere vel rogari potuerunt, ſiquidẽ non alia de cauſa permiſſũ eſt fideicõmiſſa dare à ſuccedẽtibus ab inteſtato, quàm quòd credatur pater familias ſponte ſua ijs relinquere legitimam hereditatem vt ſcriptũ eſt *in l. cõficiuntur* 8.D.*de iur. codic.*acſi heredes eos ſcripſiſſet *l.ab exhered.*126.*de legat.*1. cui præſũptioni locus nullus eſt in eo teſtatore qui teſtamentũ fecerit, in eóque extraneũ heredẽ inſtituerit,vt legitimos ſucceſſores arceret.Et verò tã facile eſſe vt per codicillarẽ clauſulã inducantur codicilli teſtamẽtarij, quàm vt ij qui ab inteſtato tantùm valere poſſint,Apparet ſatis,ſi interpretibus noſtris credimus,ex *d.l.quærebatur* 19. *D.de teſtam.milit.* in cuius ſpecie cùm miles qui habebat iam factũ teſtamẽtũ aliud feciſſet,ac in eo cõprehendiſſet fidei heredis ſe cõmittere vt priores tabulæ valerent, nõ dubitat Vlpianus,quin per eã clauſulã teſtator in cauſã fideicõmiſſi & codicillorũ vim prioris teſtamenti conuerterit, Codicillorum, inquam, teſtamentariorum, quaſi rogatis heredibus poſteriore teſtamento inſtitutis,vt iis qui in prioribus tabulis ſcripti fuerant,hereditatem reſtituerent: Non tanquam conuerſo poſteriore teſtamento in codicillos, ſed tanquam addito in poſterioribus tabulis fideicõmiſſo in eorũ gratiã, qui in prioribus ſcripti fuiſſent.Nec eſt quod quis dicat id fieri ex priuilegio aliquo militari, cùm de militis teſtamento ibi tractet Vlpianus. Priuilegium namque militis in ea ſpecie

Digitized by Google

illud tantùm erat, vt dici poſſet miles cum duobus teſtamentis deceſſiſſe ſi poſterioribus tabulis iuſſiſſet, vt priores ipſo iure valerent: quod vtiq; e pro ſuo iure facere poterat ſi voluiſſet. At quia non ita conſtitı erat vt ipſo iure valerent, ſed ab heredibus poſteriore teſtamento ſcriptis hoc ipſum per fideicommiſſum petierat, nullo in eam rem priuilegio militari opus fuit vt in poſterioribus tabulis ſcripti heredes obſtringerentur fideicommiſſo erga eos, quos idem teſtator in prioribus ſcripſerat ſufficiente nimirum in eam rem iure communi, etiamſi de pagani teſtamento ageretur, Vt conſtat ex *l. ſi quis priore 29. D. ad SC. Trebel.* vbi non de milite agitur ſed de pagano, qui duobus teſtamentis ritè conditis petierat in poſteriore, vt prius valeret, Nec eo minùs tamen reſtituenda eſt ex fideicommiſſo hereditas ſcriptis heredibus in priore teſtamento, per eos, qui ex poſteriore adiiſſent. Eſt tamen hic caſus differẽs ab illo quẽ tractamus, in eo quod tam *in d. l. quærebatur*, quàm *in d. l. ſi quis priore*, non adhibuerat teſtator clauſulam codicillarem vt voluntatem in poſteriore teſtamento declaratam confirmaret iure codicillorum, quomodo ponendum eſt adhibitam fuiſſe in ſpecie quæſtionis noſtræ, Sed vt inſtitutionem, cæteraq; in priore teſtamento contenta iure fideicommiſſi conſeruaret, ad obligandos poſteriore loco ſcriptos heredes de reſtituenda hereditate prioribus, Cùm nos eũ caſum tractemus in quo ex cõtrario quæratur, An priore teſtamẽto ritè facto ſcripti heredes, aliis in poſteriore inutiliter ſcriptis hereditatẽ reſtituere teneantur. Quod vt dici poſſit, neceſſariò ponendũ eſt teſtatorem fidei commiſiſſe heredum in prioribus tabulis ſcriptorum vt poſteriores tabulæ valerent. Id enim neceſſe eſt operari clauſulã codicillarem in poſteriore teſtamento inualido appoſitam, ſi quis effectum eo caſu aliquem ei tribuere velit.

ERROR SECVNDVS.

De clauſula codicillari quam interpretes comminiſcuntur in ſpecie l. quærebatur 19. *D. de teſtam. milit.*

MIHI tamen videntur in eo errare omnes interpretes quòd in ſpecie *d. l. quærebatur*, ſupponunt adhibitam fuiſſe à teſtatore clauſulam codicillarem, ob hoc ſolum quod in ſecũdo teſtamento fideicommiſerat ille vt priores tabulæ valerent. Etſi enim codicillaris clauſulæ effectus is eſſe ſolet, vt inſtitutio cæteraq; omnia data verbis directis trahantur ad fideicommiſſum. Non ideò tamen conſequens eſt, vt quoties teſtator fideicommittit in poſterioribus tabulis vt priores valeant, hoc ipſo clauſulam codicillarem adſcripſiſſe intelligatur: Siquidem latiùs patet clauſula fideicommiſſi quàm codicillaris, Nec ita conuertuntur vt quemadmodum clauſula codicillaris ſolet æquipollere fideicommiſſo, *dict. l. vltim. C. de codicill.* ita fideicommiſſum quodlibet æquipolleat clauſulæ codicillari. Proprium enim huius clauſulæ eſt, vt ad fideicommiſſum flectat ea tantùm quæ in eo ipſo teſtamento in quo adhibita eſt, data fuerunt verbis directis, Non etiam illa quæ in alio ſiue anteriore, ſiue poſteriore teſtamento: Cùm habeat ſemper conditionem illam ſiue expreſſam, ſiue tacitam, ſi non valeat teſtamentum illud in quo

in quo appoſita fuit. Atqui in ſpecie *d. l. quærebatur*, ponit Vlpianus, clauſulã per quam fideicommiſſum erat vt priores tabulæ valerent adhibitam eſſe in poſterioribus tabulis non in prioribus, & quidem in poſterioribus quæ ipſo iure valerent: Neque tantùm poſteriores illę valebant, ſed etiam priores adeóque ipſo iure, tametſi non niſi per fideicommiſſum valere illas teſtator præcepiſſet. Quænam ergo neceſſitas ſuberat, aut quæ vtilitas eſſe poterat adſcribendæ clauſulæ codicillaris, ſiue in priore, ſiue in poſteriore teſtamento cùm vtrumque valere conſtaret? Quare nec ſic Vlpianus loquitur, vt dicat ex eiuſmodi clauſula in poſterioribus tabulis adſcripta conuerti poſteriores tabulas in codicillos, ſed è contrario videri teſtatorem in cauſam fideicommiſſi, & codicillorum vim prioris teſtamenti conuertiſſe: quod ipſum nihil aliud eſt, quàm ea omnia quæ in prioribus tabulis diſpoſita fuerant quamuis verbis directis, & ita vt iure directo valere poſſent, perinde tamen habenda eſſe, acſi in codicillis poſteriore teſtamento expreſſim confirmatis ac iure tantùm fideicommiſſi data fuiſſent. Itaque duplex in eo & vtrumque ſingulare ius eſt voluntatis in priore teſtamento declaratæ. Vnum, vt teſtamentum illud quod iure teſtamenti valere poterat, non ſolùm ſi teſtator ita expreſsè cauiſſet, ſed etiam ſi modò nihil in contrarium præcepiſſet, iure duntaxat codicillorum cenſeatur. Alterum, vt quamuis non aliorum codicillorum iure cenſeri poſſet quàm teſtamentariorum (cùm priore teſtamento ſublato poſterius ſupereſſet, ex quo vires ſumerent codicilli tanquam expreſſim confirmati, Vt proinde de inteſtati ſucceſſione quæri nullomodo poſſet, nec conſequenter de codicillis ab inteſtato factis.) Quæ tamen in priore teſtamento verbis directis ritè data fuerant, non niſi iure fideicommiſſi defendantur. Et hoc ſanè mirabilius eſt, cùm nemo dubitet, quin & legata & cætera omnia quæ iure tantùm directo valere poſſunt, dentur vtiliter in codicillis teſtamentariis perinde atque in teſtamento, Ex ſingulari iure codicillorum teſtamentariorum, quod tale eſt, vt quæcumque in iis ſcribuntur, perinde habeantur acſi in teſtamento ſcripta eſſent *l. 2. §. codicillorum D. de iur. codicill.* Sed vtrumque fit ex voluntate teſtatoris, qui cùm poſſet priores tabulas per ſe validas inconcuſſas relinquere, maluit cum ſolis poſterioribus decedere, prioréſque conuertere non tantùm in cauſam codicillorum teſtamentariorum, quæ res nihil de natura eorum quæ verbis directis vtiliter data fuerant, immutaſſet, ſed etiam in cauſam fideicommiſſi, Præcipiendo vt ex fideicommiſſo valerent, non per adiectam clauſulam codicillarem, vt malè vulgò putant interpretes, ſed per clauſulam illam fideicommiſſi, cuius longè maior poteſtas eſt quàm clauſulæ codicillaris: Non in eo ſolùm quòd codicillaris clauſula non aliud teſtamentum conuertere in codicillos poteſt quàm illud ipſum in quo fuit adhibita, quemadmodum iam diximus, ſed in illo etiam quod clauſula codicillaris tum quoque cùm operatur, conuertit quidem teſtamentum in codicillos, aut teſtamentarios, aut quaſi ab inteſtato factos. At non ideò conuertit legata in fideicommiſſa omni caſu, ſed eo ſolo quo conuertat teſtamentum in codicillos ab inteſtato, non etiam ſi in codicillos teſtamẽtarios. Clauſula verò fideicommiſſi in ſpecie *d. l. quærebatur*, licèt appoſita in poſteriore teſtamẽto, conuertit prius teſtamẽtum, non ſolùm in codicillos, ſed etiã in cauſam fideicõmiſſi, teſtamẽtarij tamẽ, & nõ quaſi ab inteſtato relicti: nec tãtũ ꝙ ad legata, verũ etiã ꝙ ad ipſã inſtitutionem. De qua vt dubitari

Digitized by Google

magis, quàm de legatis poſſet, illud faciebat, quod difficilius videretur in fideicommiſſum flecti inſtitutionem, quàm legata. Etiam conuerſo priore teſtamento per fideicommiſſi clauſulam in vim codicillorum, cùm non quẽadmodum legata, ita & hereditas directò dari poſſit in codicillis etiam teſtamento confirmatis *l. quod per manus.* 10. *D. de iur. codicill.* Nec quicquam cauſæ ſubeſſe videretur, cur non directæ potiùs inſtitutionis iure defendi ea deberet, quæ facta fuerat in teſtamento iure valido ac ſubſiſtente. Atque ita ſanè reſpondendum fuiſſet ſi poſterioribus tabulis teſtator hoc tantùm præcepiſſet vt priores valerent iure codicillorum. Sed quia fideicommiſerat generaliter & indiſtinctè vt valerent priores, nulla codicillorum mentione facta, Benè Vlpianus reſpondit non legata ſolùm, & fideicommiſſa & libertates, ſed totum teſtamentum in cauſam fideicommiſſi conuerſum fuiſſe, id eſt ipſam quoque inſtitutionẽ, niſi aliud teſtatorẽ ſenſiſſe (ſic enim legere malo quàm *ſcripſiſſe*) probetur, Vt tantò magis appareat quàm verum ſit quod nos volumus, latiùs patêre cauſam fideicommiſſi quàm codicillorum, etiam teſtamentariorum. Totáque dubitandi ratio ex eo proficiſcebatur quod Vlpianus in interpretanda teſtatoris voluntate cauſam fideicommiſſi & codicillorum coniunxerat iis verbis *in cauſam fideicommiſſi & codicillorum vim prioris teſtamenti conuertiſſe*, cùm tamen teſtatoris verba nihil de codicillis exprimerent ſed tantùm de fideicommiſſo. In eóque obſeruanda rurſum alia perelegans differentia eſt inter codicillos, qui ex teſtamento, & eos, qui ab inteſtato facti ſint: Quòd inſtitutio in teſtamento inutili facta ſubinde per codicillos ab inteſtato ſcriptos facilè flectitur ad fideicommiſſum, quaſi rogatis legitimis heredibus vt hereditatem ſcripto heredi reſtituant *d. l. vlt. C. de codicill. l. 2. §. vlt. D. eo.* Nimirum ita ferente ac cogente natura codicillorum ab inteſtato, quorum ea ratio eſt vt nihil in iis directò relinqui poſſit, ſed tantùm per fideicommiſſum. At quæ inſtitutio facta eſt in codicillis teſtamentariis numquam trahitur ad fideicommiſſum, ſed omnino inutilis eſt *d. l. quod per manus*, Niſi voluntas expreſſa teſtatoris in contrarium vrgeat, vt in ſpecie *d. l. quærebatur.* Non ſolùm quòd non ita ferat condicio codicillorum teſtamentariorum, qui vtique poſſunt valere iure directo, tanquam qui partem conſtituant teſtamenti *l. pen. D. teſtam. quemadmodum aper.* & ipſius ius ſequantur *l. ab inteſtato* 16. *in fin. D. de iur. codicill.* quoniam ad teſtamentum pertinent *l. Plotiana* 18. *eod.* Sed etiam quia implicat contradictionem vt in codicillis teſtamento confirmatis hereditas detur verbis directis & per inſtitutionem, ſiquidem ita fieret vt per codicillos qui non niſi ex teſtamento valerent, ipſum teſtamentum quod vires per inſtitutionem heredum accipit confirmari videretur, vt eleganter Papinianus noſter ratiocinatur *in d. l. quod per manus.* Itaque dignior eſt talis voluntas quæ negligatur, quàm vt benigna interpretatione adiuuetur conuerſa voluntate directa in precariam & inſtitutione in fideicommiſſum: Quæ ratio non perinde locum habet in codicillis ab inteſtato, qui ex nullo teſtamento pendent ſed ipſi vicẽ teſtamenti obtinent *d. l. ab inteſtato in fin.* Maximè verò hoc obtinet quod dicimus de non flectenda in fideicommiſſum ea inſtitutione, quæ facta ſit in codicillis teſtamentariis, cùm proponitur facta inſtitutio in priore militis teſtamento, quod miles declarauerit in tabulis poſterioribus velle ſe valere iure codicillorũ, vt in ſpecie *dict. l. quærebatur.* Nõ ſolũ quòd teſtanti militi poſſit imputari, cur inſtitutionem ritè factam & in teſtamẽto

Digitized by Google

validò quod iure militari valere potuit, etiam ſecundo ſubſiſtente, maluerit valere iure codicillorum teſtamentariorum, quod non ſimiliter poteſt imputari pagano, qui cum duobus teſtamentis decedere non potuit, Sed etiam quia ſciuit aut ſcire debuit poſſe fieri directam inſtitutionem, etiam in codicillis à milite, cuius ſcilicet priuilegium tantum eſt in condendis codicillis teſtamentariis, quantum in faciendo teſtamento. Nam conſtitutiones quæ permiſerunt militibus teſtamenta facere quomodo velint, & quomodo poſſint, ad codicillos quoque teſtamentarios tractæ ſunt, vt etiam in iis hereditatem directò dare poſſent *l. militis* 36. D. *de iur. codic.* Neque enim verendum eſt vt contradictionem hoc implicet in milite, quomodo diximus implicare in pagano, Cùm voluntas quælibet militis ad teſtamentum pertinens teſtamenti iure cenſeatur *l. eius militis* 34. *in fin. eod.* & ex ea voluntate magis quàm ex teſtamento aut ex ratione iuris confirmentur militis codicilli teſtamentarij: Alioqui non poſſet miles teſtari quomodo vellet, ſi heredis inſtitutionem conferre non poſſet etiam in codicillos, qui partem efficiunt teſtamenti *l. pen. D. teſt. quem. aper.* Scilicet ſcripto aliquo herede in teſtamento. Aliter enim non poſſet dici teſtamentum, ne quidem militis, in quo nemo inſtitutus eſſet *l. vlt. D. de iur. codic.* Loquimur autem de militaribus codicillis teſtamentariis (de quibus tamen dicemus plura *in Error. vlt. Decad.* 70.) Quia fauor militum non exigebat, vt pro conſcribendis ab inteſtato codicillis priuilegium aliquod haberet, cùm tam facile ſit militi, quinimò longè facilius teſtari, quàm facere ab inteſtato codicillos ſi modò teſtari velit, Quòd ſi nolit, recuſare non debet quominùs in codicillis aut ſcribendis aut dictandis vtatur iure communi, quod porrò non patitur vt in iis heres quiſquam inſtituatur: Ergo duplex interpretum noſtrorum error eſt circa interpretationem *d. l. quærebatur*; Vnus ille, quòd clauſulam expreſſi fideicommiſſi appoſitam in poſterioribus tabulis ad conuertendas priores in cauſam fideicommiſſi accipiunt pro clauſula codicillari. Alter, quòd per eam clauſulam codicillarē quam in poſterioribus tabulis adhibitā ſomniāt, ad conuertendas priores in vim codicillorum, putant fieri poſſe vt inſtitutio facta in priore teſtamento quæ hoc ipſo perinde habenda ſit acſi in codicillis teſtamentariis facta eſſet, flectatur ad fideicommiſſum. Fateor quod lex ait, in ea ſpecie conuerti ipſam quoque inſtitutionem in cauſam fideicommiſſi, ſed non quaſi tranſlatam in codicillos teſtamentarios, at propter expreſſam illam diſpoſitionem qua fideicommiſerat heredum in poſterioribus tabulis inſtitutorum vt priores valerent, Quæ fideicommiſſi verba ſi defuiſſent, aliter reſpondere Vlpianus debuiſſet, ac ſi quid iudicij mei eſt, haud dubiè reſpondiſſet. Interpretes fefellit, quod Vlpianus cauſam fideicommiſſi & codicillorum coniungit ſupradictis illis verbis *in cauſam fideicommiſſi & codicillorum vim prioris teſtamenti conuertiſſe.* Inde námque putarunt accepta eſſe iſta ab Vlpiano, pro ſynonimis, atque ita accipi à nobis oportere. Nec animaduertunt ſic locutum Vlpianum cùm de legatis & fideicommiſſis primùm quæreret non etiam de inſtitutione, De qua nominatim poſteà quæſtionem concipit in verſic. *Vtrum autem*, vbi quia de toto teſtamento loquitur, id eſt de inſtitutione non minùs quàm de legatis & fideicommiſſis, vtitur verbis illis generalibus *in eam cauſam* vt perinde fideicommiſſi atque codicillorum cauſam complectatur, Fideicommiſſi quidem propter inſtitutionem, codicillorum verò propter legata & fideicom-

miſſa, ſcilicet vt dici ſolet, ſingula ſingulis referendo, quia in codicillis legata, & fideicommiſſa relinqui potuerant, inſtitutio autem fieri non item: At cùm præcipue de inſtitutione loquitur, nõ iam meminit codicillorũ, ſed tantùm fideicommiſſi iis verbis *ſed & ipſam inſtitutionem in cauſam fideicommiſſi vertiſſe.* Nec quod in eadem clauſula de legatis & fideicommiſſis tractat, facere debuit vt codicillorum quoque mentionem fieri oportuerit, cùm fideicommiſſi cauſa generalior ſit ad cauſam etiam codicillorum comprehendendam, non contrà. Denique nil erat neceſſe addi ab Vlpiano, verba illa *& codicillorum*, cùm nihil proſit militi conuertere prius teſtamentum in vim codicillorum ad flectendam voluntatem directam in precariam, ſiquidem etiam inſtitutio directa poteſt fieri à milite in codicillis, vt diximus ex *d. l. militis*, vt proinde magis repugnare, quàm coniungi poſſe iſta videantur, Conuerti prius teſtamẽtum in cauſam fideicommiſſi. Et conuerti in cauſam codicillorum teſtamentariorum, niſi quòd etiam tales codicillos teſtamentarios facere miles poteſt, vt tamen fideicommiſſa tantùm in iis relinquat: quo caſu non tam ideò fideicõmiſſa debentur, quòd in codicillis relicta ſint, quàm codicillorum nomine donatur ſcriptura ex qua fideicommiſſa petuntur, ideò quòd deſinat poſſe dici teſtamentum ſtatim atque deſiit hereditas directa in eo data eſſe. Ex quo apparet tantò clariùs, nihil eſſe quod de vi & poteſtate clauſulæ codicillaris tractari poſſit in ſpecie *dict. l. quærebatur.*

ERROR TERTIVS.

De ratione quam interpretes adferunt ad l. ſi quis priore 29. D. ad SC. Trebell.

FIENT apertiora quæ ſuperiore capite diſputauimus circa ſententiam *l. quærebatur 19. D. de teſtam. milit.* ex iis quæ nunc ſubiiciemus circa ſpeciẽ *l. ſi quis priore 29. D. ad SC. Trebell.* Etſi enim legum ſpecies ſunt differentes, multáque habent diſſimilia, habent tamen etiam ſimile aliquid propter quod vniusinterpretatio per alterius explicationem facilior fieri poſſit. Diſſimilitudo in eo eſt, quod Vlpianus *in d. l. quærebatur*, tractat de teſtamento militis, Marcianus verò *in d. l. ſi quis priore, de teſtamento pagani.* Ille de teſtatore qui in poſterioribus tabulis heredem ex aſſe ſcripſerit, & in tota hereditate, hic verò de illo, qui non niſi certarũ rerũ heredẽ inſtituerit in ſecundo teſtamẽto. Ille de priore teſtamẽto in quo legata & fideicommiſſa quædam adſcripta ſint, hic de caſu illo, in quo de ſola inſtitutione prioribus tabulis facta diſputetur. Cæterùm vtriuſque legis ſpecies in eo conuenit, quòd tam Vlpianus, quàm Marcianus ponit teſtatorem in poſteriore teſtamento expreſſim fideicommiſiſſe, vt prius teſtamentum valeret, ideoque tam hîc quàm illic cõcluditur, propter inſerta fideicommiſſi verba, quibus vt prius teſtamentumvaleret, expreſſum erat, dubitari non oportere quin teneatur heres ſcriptus in poſteriore teſtamento vt hereditatem reſtituat iis qui in priore fuerant inſtituti. Sed aliter in ea ſpecie quam Vlpianus tractat, Aliter verò in ea de qua reſcripſerunt Imperatores quorum conſtitutionem Marcianus refert *in d. l. ſi quis priore.* Nam apud Vlpianum tota hereditas ſine vlla diminutione falcidiæ reſtituenda eſt heredibus priore teſtamento ſcriptis: At apud Marcianum poteſt heres in ſecundo teſtamento inſtitutus idémque de reſtituenda hereditate rogatus

certas

Digitized by Google

certas illas res ex quibus ſcriptus fuerat, retinere, pro quarta quam ex fideicommiſſo vniuerſali ſaluam penes eum remanere Senatus voluit: Aut ſi res illæ ad quartam non ſufficiant ſupplere ex reliqua hereditate quantum neceſſe erit, vt *in l. filius quem habentem* 24. *C famil. erciſc.* Nempe, quia in teſtamento militis de quo Vlpianus loquitur, nullus falcidiæ locus eſt *l. in teſtamento* 7. *C. ad leg. falcid.* ſed tantùm in teſtamento pagani. Nec difficilis obſeruatio iſta eſt, Vt neque illa, quod ſi miles aliquis duo teſtamenta ſic feciſſet vt in priore ſcripſiſſet heredem Titium ex aſſe, in poſteriore verò Sempronium ex fundo Liboniano, non cenſeretur reuocatum prius teſtamentū per poſterius, quomodo reuocatū intelligitur in ſpecie *d. l. ſi quis in priore*, quia cùm poſſit miles plura teſtamenta facere, nihil prohiberet ſic vtrumque teſtamentū ſubſiſtere, vt Sempronius ex fundo tantùm Liboniano heres eſſet, Titius verò ex reliquo: Quaſi prioribus tabulis abſtuliſſe tantùm videretur, quantum in poſteriores contuliſſet, vt Paulus loquitur *in l. militis codicillis* 36. *§. 1. D. de teſtam. milit.* De quo iam aliquid ſcripſimus *in Error. 7. Decad.* 15. Sed nemo differentiam illam obſeruat quæ meo iudicio notatu digniſſima eſt, quod in ſpecie reſcripti à Marciano relati non poteſt dici vim prioris teſtamenti conuerſam eſſe in cauſam codicillorum, quomodo conuerſam dicit Vlpianus in caſu *d. l. quærebatur*: Idq; duplici ratione. Prima illa eſt, quod in ſpecie reſcripti teſtamenti prius ſublatum erat ipſo iure per poſterius, vt initio legis Marcianus præfatur. Proinde non niſi ridiculè poſſis dicere, vim prioris teſtamenti quæ ampliùs nulla ſit, conuerti in cauſam codicillorum, Nec ſi teſtator millies id fieri velit. At apud Vlpianum valebat vtrumque teſtamentum ipſo iure nec ſublatum erat prius per poſterius, cùm teſtator miles proponeretur, qui cum duobus teſtamentis decedere potuiſſet, ſi voluiſſet. Itaque alterutrum neceſſe erat, vt vel vtrumque teſtamentum valeret iure teſtamenti, vel prius quod vt valeret, teſtator fideicommiſerat in cauſam fideicommiſſi & codicillorum conuerteretur, ſoláque dubitatio illa ſupererat, vtrum potiùs dicendum eſſet. Placétque Vlpiano poſtremum hoc magis dicendum eſſe propter verba fideicommiſſi tabulis poſterioribus inſerta. Ratio altera eſt, ob quam non poterat apud Marcianum conuerti prius teſtamentum in vim codicillorum, quoniam factum erat teſtamentum à pagano, qui non niſi inutiliter heredem in codicillis inſtituere potuiſſet, vt ſuperiore capite diximus ex *l. quod per manus* 10. *D. de iur. codicill.* Non enim alij poſſent eſſe iſti codicilli, quàm teſtamentarij, in quibus tamen certum eſt factam à pagano directam inſtitutionem adeò nullius eſſe momenti, vt neque ad fideicommiſſi cauſam vnquam flectatur, ſolumq; militarium codicillorum priuilegium illud eſſe, vt hereditas directò in iis dari poſſit *d. l. militis codicillis in princip.* Cui conſequens eſt, vt in ſpecie *d. l. ſi quis priore*, nulla videri poſſit adiecta clauſula codicillaris quæ vel priores vel poſteriores tabulas transferat in codicillos, Et tamen non aliud eo loco reſcriptum eſt ab Imperatoribus, quàm quod ab Vlpiano reſponſum *in dict. l. quærebatur*, Videri rogatum heredem in poſteriore teſtamento ſcriptum, vt ei qui in priore inſtitutus fuerat hereditatem reſtitueret, Idq; non quia in pagano cùm duplex teſtamentum eſſe nequeat, verba directa neceſſariò trahenda ſint ad cauſam fideicommiſſi, vt vulgò malè creditur, & poſt alios tradit etiam Viglius *ad § ſed etſi quis Inſt. quib. mod. teſtam. infirm. num. 2. in fin.* Sed vt lex ait, propter illa fideicommiſſi verba quæ in vtraque ſpecie addita

proponebantur,quibus expreſſum erat vt prius teſtamentum valeret. Æquè igitur fatendum eſt,quod ſuperiore capite contra interpretes diſputauimus, Nec apud Vlpianum poſſe fingi adhibitam à teſtatore clauſulam codicillarem ad flectendam inſtitutionem directam in voluntatem precariam. Etſi in ſpecie Vlpiani hoc amplius eſt,quod poterat miles pro ſuo iure ſi voluiſſet,ita teſtari vt priores tabulæ in codicillos teſtamentarios conuerterentur, quod paganus in caſu Marciani velle non potuiſſet, At non idcirco vllus interpretationi fideicommiſſi locus factus fuiſſet, quia valuiſſent militares illi codicilli teſtamentarij iure directo etiam quantum ad inſtitutionem,Niſi teſtator fideicommiſſi verba adiecißet,quæ ſi trahere teſtamentum ipſum poterant ad cauſam fideicommiſſi,quantò magis etiam codicillos, quamuis teſtamentarios? Quòd ſi in ea ſpecie quam Marcianus tractat, aliqua legata in prioribus tabulis teſtator reliquiſſet,deinde poſterioribus cauiſſet vt priores in cauſam codicillorum teſtamentariorum conuerterentur, Iuſta eſſet ea voluntas, faceretque vt legata illa in priore teſtamento data etiam quod per poſterius ſublatum ipſo iure fuiſſet,tamen deberentur iure directo, tanquam in codicillis teſtamẽtariis relicta,in quibus nemo dubitat quin etiam legata perinde ac in teſtamento & verbis directis dari poſſint, Si non hóc quoque concurreret, vt conuertendo prius teſtamentum in codicillos adderet verba fideicommiſſi ad obligandum heredem in poſterioribus tabulis inſtitutum vt omnia in prioribus data pręſtaret iure fideicommiſſi, Tunc enim & valeret prius teſtamentum iure codicillorum ex teſtamento, & nihilominùs legata non niſi tanquam fideicommiſſa deberentur,quemadmodum *& in d.l.quærebatur.* Sed nullum huic quæſtioni locum Marcianus relinquit, qui non ponit quicquam legatum fuiſſe in priore teſtamento, ſed tantùm heredem inſtitutum. Et tamen quærunt noſtri poſt Accurſium & Bartolum ***ad d.l.ſi quis priore. de legatis.*** priore teſtamento relictis, non quo iure debeantur, legatine an fideicommiſſi, ſed an ex teſtamento primo, an ex ſecundo.Ad quam quæſtionem reſpondent,nec malè,petenda eſſe ex ſecundo.Quomodo enim poſſent peti ex primo, quod per ſecundum ſit ipſo iure ſublatum?Sed mouentur illi mala ratione,etiam vt bene ſentiant.Aiunt enim hoc fieri ex eo quòd prius teſtamentum non ſit ſui natura confirmabile per ſecundum,quia nemo poſſit decedere cum duobus teſtamentis. Indeq́; ſtatim generalem vt ſolent, propoſitionem inferunt, Si confirmatum non poſſit confirmari, agendum eſſe ex confirmante, non ex confirmato. Addúntque exemplum de ſententia primi Iudicis quæ per Iudicem appellationum confirmata ſit: Vt nimirum ex ſententia confirmante agi oporteat non ex confirmata, propterea quòd de eâdem re duæ ſententiæ definitiuæ ferri non poſſint *l.1. C. quand. prouoc. non eſt neceſſ.* Nam ſi ratio hæc quam adferunt, vera eſſet, vtique non haberet locum in ſpecie *d. l. quærebatur,* in qua de teſtamento agitur militis, quem ea ipſa lex ait poſſe decedere cum duobus teſtamentis: Quo admiſſo poterat prius teſtamentum cõfirmari per poſterius adeóque verbis directis & ita vt valeret ipſo iure. Nec eo minùs tamen exiſtimandum eſt legata, quæ in illa ſpecie relicta fuerant prioribus tabulis petenda eſſe ex poſterioribus, quibus fideicommiſerat teſtator vt priores valerent: Non ob id ſolùm,quòd apud Vlpianum æquè ac apud Marcianum prius teſtamentum ipſo iure ſublatum erat per poſterius (non quidem ex neceſſitate iuris, quomodo apud Marcianum, ſed quia te-

ſtator

ſtator fideicommittendo vt prius valeret,hoc ipſo declarauerat ſatis, nolle ſe illud valere ipſo iure) Verùm etiam, quia cùm non debeantur niſi ex fideicommiſſo,vt lex ait, fideicommiſſum autem in poſterioribus tabulis relictum ſit per clauſulam generalem, quæ totas priores in fideicommiſſum conuertit, fieri certè nequit vt vel ex alia quàm fideicommiſſi cauſa, vel ex alio quàm ex poſteriore teſtamento petantur.Nam etſi in caſu *d. l. quærebatur*.nulla fideicommiſſi verba teſtator adiecifſet,ſed tantùm in cauſam codicillorum vim prioris teſtamenti conuertiſſet, adhuc tamen ex teſtamento ſecundo non ex primo legata peti oporteret.Cùm teſtamentarij codicilli ex teſtamento pendeant, neque alia quàm ex teſtamẽto actione peti poſſint ea quæ in codicillis teſtamentariis quocunque modo relicta ſunt,id eſt ſiue legata ſint,ſiue fideicommiſſa,ſed legata præcipuè,quæ nec in codicillis teſtamentariis alio iure dari poſſunt,vt neque cætera quæ verbis directis dari neceſſe eſt,quàm quòd in teſtamento ipſo data eſſe videantur *l.2.§.codicillorum. D.de iur. codicil.* Et verò nulla hucuſque ex codicillis actio prodita eſt,ſiue teſtamentarij,ſiue ab inteſtato facti proponantur, ſed quicquid in codicillis relictum eſt, ſiquidem teſtamentarij ſint,ex teſtamento petendum eſt, ſiue legatum ſiue fideicommiſſum illud ſit,Si verò ab inteſtato,quia non niſi tanquam fideicommiſſum deberi poteſt, neceſſe eſt vt petatur eo prorſus modo quo aliud fideicommiſſum quodlibet, etiam quod extra codicillos relictum eſſet,id eſt cognitione prætoria,& implorato Prætoris fideicommiſſarij auxilio ſi ius illud inſpicias in legibus Pandectarum interpretãdis,quod prudentum temporibus obtinebat. Debuerunt igitur interpretes dicere, *In d.l.ſi quis priore.*ſi qua legata in priore teſtamento data fuiſſent, peti ex ſolo poſteriore teſtamento debuiſſe: Non quòd ageretur de teſtamento pagani, qui cum duobus teſtamentis decedere non potuerat.Sed quia & prius teſtamentum ipſo iure ſublatum erat, & in poſterioribus tabulis relictum fideicommiſſum,quod peti oporteret, quamuis in prioribus data fuiſſent legata omnia,quæ nunc ex fideicommiſſo peterentur.Fideicommiſſa enim nõ tam ex perſona eius, cui relinquuntur æſtimanda ſunt, quàm ex perſona rogati cuius fidei teſtator aliquid commiſit, vnde & fideicommiſſa nomen ſumpſerunt. Ideóque quoties quæritur ex qua ſcriptura fideicommiſſum peti debeat, non illa inſpicienda eſt in qua nominatus eſt is qui fideicommiſſum petit,ſed illa potiùs in qua rogatus fuit is qui fideicommiſſum præſtare debet. Ergo cùm tam *in d. l. quærebatur*, quàm *in d.l.ſi quis priore*,teſtator per fideicommiſſi verba cauiſſet in ſecundo teſtamento vt primum valeret, atque ita heredem in ſecundo inſtitutum rogaſſet ac grauaſſet de hereditate reſtituenda ei, qui in primo ſcriptus erat, Conſequens ſanè eſt vt ex teſtamento ſecundo peti debeat fideicommiſſum ſiue hereditatis ſiue legatorum in fideicommiſſa conuerſorum, non ex primo, in quo rogatus nec fuit, nec eſſe potuit is, qui non niſi poſtea in ſecundo fuit inſtitutus. Quamuis prioris teſtamenti voluntas in vtriuſque legis ſpecie fuerit confirmabilis, etiam iure directo, ſed aliter apud Vlpianum *in dict. l. quærebatur*, aliter apud Marcianum *in dict. leg. ſi quis priore.* Nam apud Vlpianum erat confirmabilis etiam iure teſtamenti, ac proinde non minùs ratione inſtitutionis quàm legatorum, Multóque magis iure codicillorum teſtamentariorum etiam ad directam inſtitutionem in ſuo ſtatu retinendam, nedum ad legata iure legatorum conſeruanda. Apud Marcia-

num verò nullo modo erat confirmabilis iure teſtamenti, ſed tantùm iure codicillorũ teſtamentariorum:Hoc ipſum verò non quantum ad inſtitutionem quæ in pagani codicillis licèt teſtamẽtariis fieri nullo modo poteſt,ſed quantum ad legata,ſi qua in priore teſtamento relicta fuiſſent, ac longè magis quantũ ad fideicommiſſa.Nihil tamen horum omnium,aut apud Vlpianum, aut apud Marcianum factum eſt quia neuter teſtator prius teſtamentũ confirmare voluerat iure directo,ſed vterq; id egerat,vt conuerteretur illud in cauſam fideicommiſſi, ſed miles apud Vlpianum ita vt conuerteretur etiã in cauſam codicillorum,Paganus verò apud Marcianum in cauſam duntaxat fideicommiſſi, non etiam codicillorum teſtamentariorum, in quos ſcilicet nullo iure inſtitutionem conferre potuiſſet,quæ ſola tamen priore teſtamẽto continebatur.Cætera quæ pertinent *ad d.l.ſi quis priore*, explicauimus in *Error.* 7. *Decad.* 15. *&* *lib.*5.*Coniect.cap.*19.præſertim verò poſtrema illa legis verba,*Et hoc ita intelligendum eſt ſi non aliquid ſpecialiter contrarium in ſecundo teſtamento fuerit ſcriptum*, quæ nos monuimus videri à Triboniano addita, Cui adſciberem etiam perlibenter, quod ſcriptum video *in d.l. quærebatur. verſ.vtrum autem in fin. Niſi aliud teſtatorem ſcripſiſſe probetur*,vbi tamen pro *ſcripſiſſe* meliùs legi poſſe *ſenſiſſe* iam diximus. Sed illud magis quod initio reſponſi poſteaquàm dixit Vlpianus, Licere militi plura teſtamenta facere, & ſiue ſimul ſiue ſeparatim fecerit,vtique valere,additum video,*ſi hoc ſpecialiter expreſſerit*, Nec enim ſpecialis illa expreſſio neceſſaria eſt faciléq; mihi perſuadeo non ſolùm verba illa eſſe Triboniani,ſed totam clauſulam ab illis verbis *ſed ſiue ſimul*, vſque ad illa,*nec ſuperius per inferius rumpetur*,quæ prioribus iis *Militi licet plura teſtamenta facere*.longè aptiùs cõiunguntur, quàm aduerſatiua illa *ſed*.Nec rurſus teſtamenta duo ſimul fieri poſſunt,ſed ſi duo ſunt,ſeparata illa,& ſeparatim facta eſſe neceſſe eſt.De quo videamus.

ERROR QVARTVS.

De pluribus teſtamentis à milite factis. Ad d.l.quærebatur & l.militis 36.§.1.eod.

NON egeret hic tractatus manu noſtra,niſi ſuam Tribonianus manum Vlpiano noſtro inieciſſet *in d.l.quærebatur.* 19. *D. de teſt.milit.* de cuius ſemẽtia,& interpretatione diximus in præcedẽtibus.Scripſerat Vlpianus,Licere militi plura teſtamenta facere,nec ſanè addiderat quod Tribonianus Vlpiano prudẽtior addendum putauit,ſiue ſimul,ſiue ſeparatim ea fecerit,vtique omnia valere. Quaſi poſſint duo teſtamenta fieri adeò ſimul, vt non fiant ſeparatim, Quod ſanè impoſſibile eſt.Ideóq; cogitur Accurſius dictionẽ illam *ſimul* ſic interpretari,*ſtatim poſt, & in continenti*.ſed parũ proficit cùm etiã in cõtinenti factũ ſecundũ teſtamentũ poſt primũ non eò minùs ſit ſecundũ,& cõſequenter ſeparatim factũ.Nec enim ad hũc caſum pertinet quod dici ſolet,Ea quæ in cõtinenti fiunt,ineſſe videri.Cùm ſi ſecundũ teſtamentũ ob id quod factũ eſſet in continẽti poſt primũ,ineſſet primo,iã nõ eſſet ſecundũ ſed primum. Vlpianus autẽ tractat de pluribus teſtamentis.Ergo de ſeparatis,& cõſequẽter de ſeparatim factis.Implicat enim cõtradictionẽ vt ſint plura teſtamẽta, & ſimul facta.Quòd ſi ea pro ſimul factis habuit Tribonianus quæ ſub idem tempus

Digitized by Google

tempus facta ſint quamuis ſeparatim. Debuit ergo nō illa inuicem opponere *ſimul*,& *ſeparatim* tanquam contradictoria,ſed iſta potiùs *ſimul* & *diuerſis temporibus*.Poſſunt enim ſeparatim facta dici ea quoque quæ ſub idem tempus facta ſint,quamuis non ob id quod ſeparatim facta ſunt, ſtatim conſequens ſit vt diuerſis temporibus facta videantur ſi vnum factum ſit in continēti poſt aliud, vt in exemplo quod adfert Bartolus de pluribus teſtibus qui dixerunt ſe vidiſſe aliquid fieri per rimulam oſtij vnus poſt alium in continenti:Sunt enim conteſtes in tempore.Subiungit etiam de ſuo Tribonianus ſubtiliter ſi diis placet,quod Vlpianus multò certiùs prætermiſerat *ſi hoc ſpecialiter expreſſerit*.Quæ adiectio ſi bona & vera eſt, conſequens fiet vt pluribus ab vno milite factis teſtamentis,ſi non ille ſpecialiter expreſſerit vt vtrumque teſtamentum valeret,poſterius ſolum valeat,& ſuperius per inferius ſublatum intelligatur,acſi de pluribus pagani teſtamentis ageretur, in quibus nemo dubitat ius ita eſſe,vt prius teſtamētum tollatur per poſterius ipſo iure,tametſi nihil de eo teſtator dixerit,id eſt ſiue nullam prioris teſtamenti mentionem fecerit,ſiue ita fecerit,vt tamen non expreſſerit velle ſe prius ſolum valere.Nec enim fieri vllo caſu poteſt vt paganus cum duobus teſtamentis decedat,proinde neceſſe eſt vt alterutrū ſolum valeat,aut quod prius factum eſt ſi priuilegiatum fuit,& clauſulā aliquam habuit ſiue expreſſam,ſiue tacitam derogatoriam,nec ſufficienter reuocatum extitit,aut quod poſteriore loco conditum eſt,ſi prius reuocari per poſterius potuerit,licèt de eo nihil dictum ſit.At vt vtrumque valeat in paganis fieri nullo caſu,nullóque modo poteſt.Ergo nullum hac parte priuilegium militis erit, niſi vt poſſit cum duobus aut pluribus teſtamentis decedere,ſi velit, & hoc ſpecialiter exprimat,quod tamen paganus neque velle, neque exprimere iure poſſit.Et ita poſt alios defēdit Viglius *in §.ſed & ſi quis.in princip.Inſt.quib.mod. teſtam.infirm.ex d.l.quærebatur*.Atqui certum eſt,Eum qui plura facit teſtamenta,nec prius expreſſim reuocat per poſterius,ea mente eſſe vt vtrumq; valere velit,ſi nihil repugnet quominùs valere poſſit.Nam nec alia melior, aut verior ratio eſt,propter quam in paganorum teſtamentis ita obtinet, vt prius ipſo iure per poſterius regulariter infirmetur , quàm quod fieri nequeat, vt paganus quiſquam decedat cum duobus teſtamentis *§. poſteriore inſt.quib.mod.teſtam.infirm.*Adeò vt idem ſit etiamſi in ſecundo teſtamento non niſi ex certis rebus fuerit heres inſtitutus, *leg. ſi quis priore 29.D. ad SC. Trebell.*Vnde illud etiam fit, vt ſi paganus aliquis plures codicillos fecerit, omnes valeant,licèt non expreſſerit ſpecialiter vt omnes valerent,nimirum quia nihil prohibet,quominùs plures codicillos facere poſſit *§.codicillos Inſt. de codicill.*Cur ergo magis requiremus in milite qui plura teſtamenta fecit, vt ſpecialiter exprimat velle ſe omnia valere? Nec enim minùs facile aut licitum eſt militi plura facere teſtamenta quàm pagano plures codicillos,nec ratio vlla voluntatis nos cogit vt dicamus,militem qui bis teſtatur cenſendum in dubio velle prius teſtamentum reuocari per poſterius, quàm vt admittamus paganū qui plures codicillos facit,id agere vt per poſteriores reuocet priores.Nam voluntas quæq; militis teſtamētum eſt vt Paulus ſcribit ſecundū noſtram emendationem *in l.eius militis 34.in fin. D. de teſtam.milit.* At nō omnis voluntas pagani codicillos facit,maximè verò poſtquàm inductum eſt ex Theodoſij conſtitutione *in l.vlt.§.vlt.C.de codicill.*vt non aliter

Digitized by Google

codicilli fieri poſſint, quàm ſi quinque teſtes habeant: vtque cùm in ſcriptis fiunt, ſubſcriptiones requirant & ſignacula teſtium, quemadmodum ſi de teſtamento in ſcriptis confirmando ageretur. Et quamuis dici ſoleat codicillorum proprium ius illud eſſe vt nullam iuris ordinationem deſiderent, *§. vlt. Inſt. de codicil.* negari tamen non poteſt quin maiorem exigant, quàm teſtamenta militum, quibus non ſolùm ſemper licuit teſtari quomodo velint, & quomodo poſſint *l. 1. l. Diuus Traianus 24. D. de teſtam. milit.* ſed etiam ſemper licebit, quomodo ſcriptum eſt *in l. milites 15. C. eod.* Idque ita eſſe ipſo etiam rerum vſu & euentu compertum eſt, cùm nulla vnquam ſollennitas in hunc vſque diem militaribus teſtamentis addita ſit, multæ autem ſint additæ codicillis. *d. l. vlt in fin. C. de codicill.* Et ſanè non teſtarentur milites quo modo poſſent & quomodo vellent, ſi non aliter poſſent decedere cum pluribus teſtamentis, quàm ſi hoc ipſum velle ſe expreſſim declararent, cùm quiſquis facit plura teſtamēta neque expreſſim reuocat prius per poſterius, ſatis eo ipſo declaret velle ſe cum pluribus teſtamentis decedere, præſertim ſi ſciat, putétve id ſibi licere. Quam in rem illud etiam vrget, quòd in teſtamentis militum nudam eorum voluntatem intuemur, non vt in paganorũ teſtamentis eam quæ ſit iuſta *l. 1 D. qui teſtam. facer. poſſ.* id eſt ex iuris authoritate & interpretatione æſtimanda. Ex quo euenit vt ſicuti numquam aliud voluiſſe miles credendus ſit, quàm quod dixit *l. in teſtamēto C. de teſtam. milit. l. precibus 8. C. de impub & aliis ſubſt.* Ita neque dubitandum non ſit quin voluerit quicquid dixit, cùm tale illud eſt quod velle potuit *arg. l. Labeo 7. §. vlt. D. de ſuppellect. legat.* Ergo qui plura teſtamenta fecit, haud dubiè credendus eſt voluiſſe cùm pluribus teſtamentis decedere, niſi contrarium ſpecialiter expreſſerit. Idque Paulus etiam noſter non obſcurè docet *in l. miles ſi teſtamentum 35. D. de teſtam milit.* vbi poſteaquàm dixit, ſi miles teſtamentum imperfectum reliquerit, ſcripturam tamen quæ profertur perfecti teſtamenti poteſtatem obtinere. Rationem adfert, quòd militis teſtamentum ſola perficiatur voluntate, mox addit *Quique plura per dies varios ſcribit, ſæpe facere teſtamentum videtur.* Quod ipsũ nihil aliud eſt quàm quod nos volumus, militē qui plura teſtamēta facit etiā imperfecta, videri velle decedere cum pluribus teſtamentis. Quid verò attineret vſurpare hac in re verbum *videtur*, ſi eo tantùm caſu liceret militi cùm pluribus teſtamentis decedere, quo idipſum velle ſe ſpecialiter expreſſiſſet? Quid? inquies, An non & paganus ſæpe facere teſtamentum poteſt? Vtique, ſed non ita vt plura habeat teſtamenta, cùm non niſi vnum habere poſſit. Indéque nimirum intelligimus quod ſupradicto loco Paulus ſcribit, Militem qui plura per dies varios teſtamenta ſcribit, ſæpe facere teſtamentum videri, cùm ad paganorum differentiam ſcriptum ſit, omnino ſic accipiendum eſſe vt plura teſtamenta hoc caſu miles habeat eodem tempore, nec vnum per alterum infirmetur. Cui nō eſt contrariũ, quòd nō alia volūtas quā quæ ſuprema ſit teſtamētum dici poſſit, ſoli autē poſteriori teſtamēto conuenire videtur, nō etiam priori, vt ſuprema voluntas dicatur. Nam imò verò ſuprema voluntas omnis illa eſt, quæ cùm ad ſupremum vſque vitæ exitum reuocari poſſit, per aliam tamen poſteriorem reuocata non eſt, ea denique non quam alia nulla ſequatur, ſed quam alia nulla contraria. Alioqui dicendum eſſet, codicillos, qui vltimæ voluntatis ſpeciem non minus quàm teſtamenta conſtituunt, non

Digitized by Google

non aliter poſſe ſupremos eſſe quàm ſi ſoli ſint. Ideóque ſi plures facti proponantur ſolos eos ſupremos fore qui poſteriores fuerint, non etiam illos qui priores, tametſi per poſteriores reuocati non ſint, quod tamen nemo vnquam dixit *l. cùm pr ponatis* 3. *C. de cod. cill.* Et verò cùm ſola iuris communis ratio non etiam voluntatis, faciat ne poſſit paganus quiſquam decedere cum duobus teſtamentis, vt ex eo apparet quòd etiamſi paganus plura teſtamenta maximè habere velit, tamen non poteſt, An non prorſus conſequens eſt vt in milite aliud dicendum ſit, cuius libertas in teſtando non aliis quàm voluntatis ipſius legibus coërcetur? Quid? quòd licèt paganus cum pluribus teſtamentis decedere nequeat, interdum tamen euenit, vt non reuocetur prius per poſterius, ſed è contrario poſterioris poteſtas per prius impediatur, Puta ſi prius habeat vtilem clauſulam derogatoriam, vel tacitam, vel expreſſam. Quis ergo ferat vt militis teſtamentum prius reuocetur omnimodo per poſterius, ſi non ſpecialiter expreſſerit miles velle ſe vtrumque valere? An non eſſet neceſſe in eam rem vt poſterius teſtamentum ex iuris interpretatione contineret clauſulam derogatoriam ad prius reuocandum quam miles ipſe non expreſſiſſet? At nullus in teſtamento militis interpretationibus iſtis locus relinquitur, quia in hoc demum elucet priuilegium teſtamenti militaris, vt in eo lex nullo modo ſe ſuáſque interpretationes & præſumptiones interponat. Idque adeò verum eſt, vt ſi miles in teſtamento Titium ex fundo Corneliano heredem inſtituerit, potiùs admittamus decedere illum pro tota reliqua hereditate inteſtatum, quàm vt ceſſantibus teſtamenti verbis Titium ex toto aſſe ſcriptum interpretemur *l. ſi miles vnum 6. D. de teſtam. milit.* Item vt ſi bonorum paternorum heredem vnum inſtituat, & alium maternorum, non cenſeantur illi inſtituti ex ſemiſſibus, quomodo cenſerentur ſi à pagano factum eſſet teſtamentum *l. qui non militabat 78. D. de hæred. inſt.* iunct. *l. cog: 16. §. ſed & ſi mil. s D. ad SC. Trebell.* vbi Vlpianus ex Mæciano ſcribit conceſſum eſſe militibus circa inſtitutionem ſeparare ſpecies bonorum. Et per conſequens etiamſi per fideicommiſſum ab inſtitutis heredibus relictum id fecerit, æquè locum fore Senatuſconſulto Trebelliano. Addamus, quod magis mirari quis iure poſſit, ſi duobus à milite ſcriptis heredibus alter omiſerit hereditatem, pro ea parte videri defunctum inteſtatum deceſſiſſe, quamuis ex teſtamento ipſius appareat id eum egiſſe, vt in ſolidum & ex toto aſſe teſtatus moreretur *l. ſi duobus 37. D. de teſtam. milit.* vbi Paulus non aliam huius rei rationem reddit, quàm quòd miles & pro parte teſtari poſſit. Quæ tamen ratio non videtur poſſe defendi tanquam bona & concludens. Cùm multò magis poſſit miles ex toto aſſe teſtari ſi velit, niſi ſic adiuuetur & ſuppleatur, vt militem qui non dixit velle ſe teſtari iure communi, credendum ſit eam potiùs teſtandi rationem ſequi voluiſſe, quæ militum propria ſit & peculiaris, nec aliud omnino quicquam voluiſſe, quàm quod ſimpliciter dixerit, non illa etiam, quæ iuris aliqua interpretatione indigeant vt inducantur: Quale procul dubio eſt ius adcreſcendi, quod licet à tacita præſumptáq; defuncti voluntate proficiſci exiſtimetur, ita vt ob eã cauſã coheres coheredi tacitè ſubſtitutus dicatur *in leg. ſi Titio 61. §. Iulianus de leg. 2. &* *leg. non iuſtam 4. C. ad SC. Trebell.* tamẽ magis pendet

à iuris poteſtate, & neceſſitate , vt ex eo conſtat quod nec à teſtatore ipſo prohiberi poteſt quemadmodum contra Bartolum diſputauimus *in Error. 7. Decad.* 15. Proinde mirum non eſt ſi locum non habeat in teſtamento militis qui de eo nihil dixit, ſed addenda tamen exceptio eſt quam Paulus non prætermiſit *in d. l. ſi duobus, niſi ſi hæc voluntas defuncti probata fuerit, vt omittente altero ad alterum vellet totam redire hereditatem*, vt intelligamus expreſſa voluntate opus eſſe non tacita, & probatione non præſumptione, vt qui iure militari teſtatus eſt, iuris communis regulas vlla in re ſequi voluiſſe videatur. Quidni ergo eâdem, ac multò maiore ratione dicemus, Militem qui plura teſtamenta facere voluit & fecit, hoc ſecum animo agitaſſe vt cum pluribus teſtamentis moreretur, nec prius per poſterius tolleretur, ſi non expreſſa in contrarium voluntas eius adprobetur. Nam vt prius teſtamentũ tollatur per poſterius, eſt ex regulis iuris communis: Vt verò cum pluribus teſtamentis quis decedat, eſt ex priuilegio militari. Neque alia fuit Accurſij quàm noſtra de hac re ſententia. Is enim ad *d. l. quærebatur*, ſcribit ſupplendam eſſe & ſubaudiendam dictionem *maximè* ante verba illa *ſi hoc ſpecialiter expreſſerit*, neque dubitat quin neceſſaria non ſit hæc ſpecialis expreſſio, ne prius militis teſtamentum ipſo iure ſublatum per poſterius dici poſſit, Niſi aliqua, inquit, in poſteriore teſtamento verba ſint quæ contrarium ſuadeãt: Qualia erant in ſpecie *d. l. quærebatur*, vbi fideicommiſerat miles teſtator in poſterioribus tabulis, vt priores valerent. Ita ſignificans non obſcurè, quòd nolebat valere illas ipſo iure, ac tanquam teſtamentum. Adfert autem Accurſius pro huius ſententiæ confirmatione quod ſcriptum eſt *in l. militis codicil lis 36. §. 1. eod. tit.* de milite, qui caſtrenſium bonorum, & non caſtrenſium diuerſos heredes inſtituerat. Poſteà verò bonorum caſtrenſium alios heredes ſcripſerat. Hunc enim Paulus negat videri ſuſtuliſſe & reuocaſſe priores tabulas. Quid ergo? *Prioribus tabulis*, inquit, *tantùm videtur abſtuliſſe, quantum in poſteriores contulerit.* An ita ſi hoc ſpecialiter expreſſerit? Imò verò etiamſi nihil de hoc nominatim dixerit, & in dubio: quod ſignificat verbum illud *videtur*. Sed & illud obſeruatione dignum eſt quod Paulus adiicit, *nec videtur mutare, etſi prioribus tabulis vnus heres ſcriptus fuiſſet*. Ne ſcilicet quis putaret in priore illius §. ſpecie ita reſponſum quod duo in priore teſtamẽto fuiſſent heredes inſtituti, vnus bonorum caſtrenſium, vt diximus, alius nõ caſtrenſium: Quaſi difficilius eſſet vt prius illud teſtamentum in quo teſtator diſpoſuerat tam de bonis non caſtrenſibus, quàm de caſtrenſibus in fauorem diuerſorum heredum, reuocatum eſſet per poſterius in quo vnus tãtùm heres fuerat inſtitutus, & quidem in ſolis caſtrenſibus. Nam etſi vnus tãtùm heres, inquit, ſcriptus fuiſſet in prioribus tabulis, ac proinde in caſtrenſibus ſimul, & non caſtrenſibus bonis omnibus, idem tamen dicendum eſſet, vt in ſolis caſtrenſibus reuocatum prius teſtamentum videretur, in non caſtrenſibus verò retentum, ac proinde vt cum duobus non ſolùm heredibus, ſed etiam teſtamentis deceſſiſſe miles videretur. Quænam porrò dubitandi cauſa eſſet, An aliud dici oporteret vno tantùm herede inſtituto quàm pluribus heredibus ſcriptis in prioribus tabulis, ſi vtroque caſu neceſſaria eſſet ſpecialis expreſſio ad impediendum ne prius teſtamentum ipſo iure per poſterius tolleretur?

ERROR

Digitized by Google

ERROR QVINTVS.

Similes in vnoquoque teſtamento de bonis ſuis omnibus diſpoſuerit.

DICAT aliquis fortaſſe, Huic ſententiæ locum fieri eo demũ caſu poſſe, quo de aliis bonis miles diſpoſuerit in primo teſtamento, de aliis verò in ſecundo, Præſertim verò ſi prior diſpoſitio amplior ſit poſteriore, vt in ſpecie *d.l.militis.*§.1. vbi proponebatur miles in prioribus tabulis teſtatus de bonis ſuis omnibus, & caſtrenſibus & nõ caſtrenſibus, in poſterioribus verò de caſtrenſibus ſolis: Sed aliud reſpondendũ eſſe, ſi miles in poſterioribus aliquem heredem ex aſſe ſcripſerit, cùm iam in prioribus alium æquè ex toto aſſe inſtituiſſet. Quid enim ſupereſt quod ex poſterioribus habere ſcriptus heres poſſit, ſi priores ſubſiſtãt ex quibus totũ habere debeat is qui in illis inſtitutus fuit? Et ita Bart. cõcludit *ad d.l.militis §.vlt.* diſtinguẽs an poſterius teſtamentũ de quibuſdã tantùm bonis factum ſit, an de omnibus. Nec ſanè poteſt negari, quin facilius ſit vt prius teſtamentũ militis conſeruetur, cùm in ſecũdo nõ niſi certarum rerũ inſtitutio facta eſt: quia cùm certi iuris ſit eum qui à milite ex certis duntaxat bonis ſcriptus fuit, nihil amplius ex eo teſtamẽto cõſequi poſſe, ita vt reliqua tota hereditas ad legitimum inteſtati ſucceſſorẽ peruenire debeat, potiùs quàm vt rei certæ inſtitutionẽ cõcomitetur, Conuenientius certè eſt vt heredi qui in prioribus tabulis ſcriptus fuerat, quàm vt legitimo ſucceſſori faueamus, vtq; teſtati cauſa retineatur, potiùs quàm vt vlla ex parte inteſtati ſucceſſio inducatur. Ad quã interpretationẽ confugere nil neceſſe eſt, cùm in poſteriore teſtamẽto heres aliquis inſtitutus reperitur. Ob idq; nimirum etiam in pagano dubitationẽ aliquam res habere viſa eſt, An ſi in poſterioribus tabulis heres aliquis ex certa tantùm re inſtitutus eſſet, prius teſtamentum ipſo iure tolleretur, vt apparet *ex d.l ſi quis priore,* Et apertiùs apud Iuſtinianũ *in §.ſed & ſi quis.* iunct. *§.praced.Inſt.quib.mod.teſta. infirm.* Verùm reſponderi poteſt, Tũ quoq; cùm in ſecundo teſtamẽto hereditas tota data eſt, nihil tamẽ nos cogere vt prius ipſo iure ſublatũ eſſe dicamus, quia credẽdus eſt miles perinde ac paganus trãſire ad dupondiũ, quoties expleto iã aſſe, aliũ heredem etiã ex aſſe inſtituit, ſiue in eodẽ, ſiue in alio teſtamento. Nam quemadmodũ is, qui in eodem teſtamento ita ſcribit *Titius heres eſto, Sempronius heres eſto* non auffert hereditatem Titio, vt eã det Sempronio, ſed heredẽ inſtituit Sẽproniũ vt tãtundẽ ei det quãtũ dederat Titio, ſiue miles teſtator ſit ſiue pagan⁹, quia nõ in vno eodẽq; aſſe ambos ſingulos inſtituiſſe credẽdus eſt, quod vtiq; nõ magis fieri poteſt quàm vt vni duo in ſolidũ ſint heredes *l.quod cõtra* 141. *§.vni duo.De reg.iur.* ſed duos aſſes feciſſe intelligitur inq; vno eorũ ſcripſiſſe Titiũ, in alio Sẽproniũ *l. itẽ quod Sabinus* 17. *§.ſed ſi aſſe expleto & ſeq.D. de hered.inſt.* Ita & qui ſolo Titio in prioribus tabulis herede ſcripto, ſolũ in poſterioribus inſtituit Sẽproniũ, nõ id agit vt hereditatẽ adimat Titio ad transferendã eam in Semproniũ, ſed id potiùs, vt tãtundẽ det Sempronio quantũ Titio, nõ plus, certè nec minus ſiue paganũ, ſiue militẽ ita teſtatũ proponas. Perinde ſiquidẽ hereditas militis, atq; pagani aſſem cõſtituit, & in eaſdẽ aſſis partes iuris poteſtate diſtribuitur, cuius rei perelegãs exemplum eſt *in l.ſi certarũ* 17. *in princ.D.de teſt.milit.* quia & æquè iuris nomẽ eſt, admittitq; cõmoda & incõmoda, ac cõſequẽter etiã dupõdij &

ſecundi ac tertij aſſis acceſſionem: Alioqui non militis hereditas dicenda eſſet, ſed bona, nec militis heres quiſquam, ſed poſſeſſor bonorum: quod tamen euidenter falſum eſt. Dices teſtatorem militem, qui in ſecundo teſtamento diſponit de iis ipſis bonis de quibus diſpoſuerat in primo, tantum videri abſtuliſſe prioribus tabulis, quantum in ſecundas contulerit vt Paulus loquitur *in dict.l.militis codicillis 36.§.1. D. eodem titulo.* Conſequens igitur eſſe, vt qui in ſecundas tabulas totam hereditatem contulit inſtituto Sempronio ex aſſe, totam ſimiliter hereditatem Titio ademiſſe dicendus ſit. Alioqui nihil ſupererit, quod Sempronio dediſſe videri poſſit, ſi Titio nihil ademerit. Sed hæc obiectio ſupponit, fuiſſe Sempronium poſteriore teſtamento vocatum ad eum ipſum aſſem in quo Titius fuerat inſtitutus: quod nos negamus. Dicimus enim videri Titium ex primo aſſe inſtitutum, Sempronium verò ex ſecundo, Non minùs cùm à milite, quàm cùm à pagano factum eſt teſtamentum. Atque ita fit vt ſemper verum ſit, tantum abſtuliſſe militem prioribus tabulis, quantum contulit in poſteriores, ſemiſſem ſcilicet hereditatis, cùm duo illi aſſes neceſſariò reuocandi ſint ad aſſem iuris, & conſequenter ad ſemiſſes: Quemadmodum ſimiles poſt factum teſtamentũ in quo Titium heredem inſtituerat, ſcripſiſſet codicillos & in iis partem ſuæ hereditatis dimidiam Sempronio dediſſet vt *in d. l. militis codicillis in princ.* Nam quod militi ex priuilegio militari facere licet per codicillos, cur non æquè & ex eodem priuilegio facere poterit per poſterius teſtamentum? Siquidem non minùs alienum illud eſt à regulis iuris, vt hereditas in codicillis directò detur, quàm vt decedat cum duobus teſtamentis, duobúſque heredibus ſingulis ex ſuo aſſe inſtitutis in ſeparatis tabulis.

ERROR SEXTVS.

De ſententia & ratione l.militis 36.§.vlt.D.de teſt. milit.

PROBATVR autem nec obſcurè meo iudicio, nec inelegãter noſtra hæc ſententia ex eo quod idem Paulus noſter ſcribit *in d.l.militis §.vlt.* vbi tractans de milite, qui iure communi teſtatus, poſteà teſtamento iure militiæ ſuper bonis omnibus facto poſt annum militiæ deceſſerat, non dubitat quin prius teſtamentum ruptum ſit per poſterius: Sed an ideo tantùm quòd poſterius non de certis bonis, at de omnibus factum eſſet, vt ad illum locum tradit Bartolus? Minimè ſed quia prius teſtamentum nõ iure militiæ factum fuerat ſed iure communi. Fieri autem nequit vt ex pluribus teſtamentis in quibus ſingulis teſtator de vniuerſo ſuo patrimonio diſpoſuerit, vnum valeat iure communi, ſi alterum quoque iure ſubſiſtat. Et verò fruſtrà eſſet quod Paulus addit ea verba: *iure communi teſtatus*, ſi non aliud fuerat reſponſurus etiamſi teſtamentum illud prius iure militari factum fuiſſet. Quare nec diſtinguendum erit an in priore illo teſtamento inſtitutus eſſet heres ex certis rebus, an ex toto aſſe. Cùm enim ponamus teſtamentum iure communi factum eſſe, conſtat etiam certæ rei inſtitutionem tradi ad bonorum & hereditatis vniuerſitatem, ſiue in priore, ſiue in poſteriore teſtamẽto certæ rei inſtitutio facta ſit. Illud planè Bartolo concedendum eſt, tametſi prius illud

Digitized by Google

lud teſtamentum iure communi factum eſſet, ſi tamen in poſteriore facto iure militiæ non de bonis ſuis omnibus,ſed tantùm de quibuſdam miles diſpoſuiſſet,non idcirco futurum vt prius dici poſſet ruptũ per poſterius.Quoniam non alia ratio eſt propter quam in paganis teſtamentum prius tollatur per poſterius etiam in quo certarum duntaxat rerum heres ſcriptus fuerit, quàm quòd inſtitutio illa certarum rerum trahatur ad vniuerſam hereditatem *d.l.ſi quis priore 29.D.ad SC.Trebell.*quæ ratio ceſſat in militis teſtamẽto iure militiæ facto, ex quo non alia vtique bona vindicare ſcriptus heres poteſt,quàm in quibus ſcriptus inuenitur *l. ſi miles 6. d. l. militis §. 1. & l.ſeq. eod.tit.l 1.C.eod.*Nec enim abſurdum eſt, vt prius teſtamentum,quod ſui natura tanquam iure communi factum vniuerſam hereditatem omnimodo comprehendebat , reſtringatur per ſubſequens, ne bona illa complectatur de quibus miles poſteriore teſtamento iure militiæ facto diſpoſuit. Cùm teſtatori permiſſum fuerit ita velle ac diſponere eo tempore quo ſecundum teſtamentum ordinauit, ſed non ideò conſequens ſit, vt dici oporteat prius teſtamentum ipſo iure ſublatum eſſe , Cui ſcilicet noluit miles derogatum niſi pro ea bonorum parte quam in poſterius contulit, quod vtique potuit. Proinde non ſine cauſa adiecit Paulus verba illa,*ſuper bonis omnibus*,vt ſignificaret aliud ſe reſponſurum fuiſſe ſi poſterius teſtamentum de quibuſdam ſolùm bonis factum eſſet, licèt prius iure communi factum fuiſſet.Duo igitur veluti neceſſaria requirit ille vt prius teſtamentum militis ipſo iure rumpatur per poſterius, Vnum eſt vt prius non iure militiæ factum ſit quamuis à milite, ſed iure communi,cuius ratio illa eſt vt prius teſtamentum rũpatur ipſo iure per poſterius , id eſt,etiãſi non fuerit voluntas illa teſtatoris,vt rũperetur. Hoc enim non tam eſſet rũpi teſtamentũ, quàm reuocari quod diuerſum eſt. Alterum , vt poſterius factum ſit de bonis omnibus militis: Nam ſi de quibuſdam tantùm ex priuilegio militari factum ſit, nulla ex parte prius rumpitur quãuis iure communi factum.Sed tamen pro ea parte bonorum quæ in poſterius collata eſt , reuocatum intelligitur, quod etſi iure cõmuni fieri nõ potuit,iure tamẽ militari potuit,à quo ſanè vincitur ius cõmune,ſcilicet ad eum vſque finem quem voluntas militis pręſcripſit,non vltrà. Ergo ſi prius teſtamentum iure militię factum eſſet,tametſi de bonis omnibus, non rumperetur ipſo iure per poſterius quod æquè & iure militiæ & de bonis omnibus factum eſſet,*d.ſt.l. quærebatur.* quia priuilegium militis eſt,vt cum duobus teſtamentis poſſit decedere ita demũ ſi vtrumq;teſtamentũ iure militię factũ ſit,nõ ſi prius iure cõmuni,Pręterquàm ſi poſterius ex certis tantùm rebus ſcriptũ proponatur.Quid igitur ſi prius factũ ſit iure militiæ,poſterius autẽ iure cõmuni? An perinde diſtinguemus , Vtrũ poſterius de certis tantùm rebus an de bonis omnibus factum ſit? Nequaquam. Nec enim iuris ratio patitur vt poſterius valeat , quod iure communi factum eſt,quin ſolum ipſum valeat, omniáque defuncti bona comprehẽdat: Adeò vt nec aliud dicendũ putẽ etiãſi prius teſtamentum quod iure militiæ factum ponimus, certarum duntaxat rerum inſtitutionem contineat.Tum enim potentius eſt teſtamentum militare cùm poſterius quoque eſt , Non item ſi ſit prius, quoniam miles qui poſteaquàm iure militari teſtatus eſt, iure communi teſtatur,quamuis eo adhuc tempore quo iure militiæ teſtari ſi vellet, poſſet (multò magis ſi poſt id tempus)oſtendit apertiſſimè redire ſe in omnibus ad ius commune,Niſi hactenus vt ſi teſtamentum illud

Digitized by Google

quod iure communi facere deſtinauit, valere eo iure non poſſit,non eò minùs valeat iure militari. At non etiam, vt vtriuſque teſtamenti vim habere queat, & eius quod à iure communi authoritatem accipiât, vt loquitur *l. 3.C.de teſtam.milit.* & eius quod ex ſolo priuilegio militari valere debeat *l. 3.D. eod.* Cæterùm quod dicimus poſſe vtrumque militis teſtamentum ipſo iure valere,ſi iure militiæ factum ſit,licèt diuerſi heredes in ſolidum inſtituti proponantur.Non generaliter & indiſtinctè accipi volumus. Sed ad eum caſum reſtringi quo teſtator heredes illos ex aſſe ſimpliciter ſcripſerit , vſurpato iuris nomine quod interpretationem à iure aliquam recipere poſſit. Nam ſi poneres priore teſtamento militem ſic cauiſſe *Titius in bonis meis omnibus heres eſto.* deinde in poſteriore *Sempronius in bonis meis omnibus heres eſto* , dicerem ruptum eſſe prius per poſterius ipſo iure propter implicitam contradictionem quia fieri nequeat vt ſinguli in bonis omnibus in ſolidum ſint heredes. Neque vllam iuris interpretationem hæc verba admittunt , vt ſingulos in dimidia parte bonorum ſcriptos exiſtimemus,ne fiat contra voluntatem ſi totum non habeant ſinguli quibus teſtator totum dedit *argum.l. verbis ciuilibus 7. in fin. de vulgari & pupill.ſubſtit.* Bonorum enim nomen naturale eſt,non vt aſſis vel hereditatis ciuile. At cùm teſtator ſimpliciter dixit in priore teſtamento *Titius heres eſt.* ,in poſteriore autem,*Sempronius heres eſto*,aut etiam additis in vtraque inſtitutione verbis illis *ex aſſe* aut ſi voles *ex toto aſſe*,licèt vnaquæque inſtitutio vniuerſa bona comprehendat,vtraque tamen ſtare commodè poteſt per adhibitam iuris interpretationem quæ aſſes illos,vt diximus, reuocat ad ſemiſſes. Nec diſſimile quiddam eſt *in d.l. 3.in fin. C.eodem.* Et ita diſtinguere interpretes noſtri debuerunt non quomodo diſtinxerunt. Addit Paulus *in dicto §. vltimo l.militis,* & hoc vnum ex profeſſo reſpondet de quo ſolo quærebatur, prius illud teſtamentum iure communi celebratum de quo non dubitat quin ruptum ſit per poſterius iure militiæ ſuper bonis omnibus factum: Non redintegrari quamuis teſtator poſt annum militiæ deceſſerit. In quo dubitãdi ratio euidens illa occurrebat,quòd cùm prius non eſſet alia de cauſa ruptum quàm quia poſterius iure militiæ valuerat , conſequens videbatur vt quemadmodum deſinebat poſterius valere iure militiæ poſt annum miſſionis , ita & deſineret prius ruptum eſſe. Sed aliud Pauli iudicium eſt quia teſtamentum ſemel ruptum ipſo iure non poteſt redintegrari , nouóque teſtamento opus eſt tùm quoque cùm teſtator redire vult ad priorem voluntatem , Niſi proponas militem adhuc eſſe illum qui talem habeat voluntatem vt ea voluntas noui teſtamenti vice eſſe poſſit *l. centurio 27. eodem tit.* Aut niſi agas de bonorum poſſeſſione ſecundùm tabulas, ex teſtamento non tam rupto quàm facto irrito per adrogationem,vt in ſpecie *l. qui ex libertis 11. §. teſtamento. D. de bonorum poſſ ſecund. tabul.* De cuius ſententia videnda ſunt quæ ſcripſimus *in Error.7.Decad.39.*Plura enim hîc addere nec libet, nec neceſſe eſt.

ERROR

ERROR SEPTIMVS.

De ſententia & emendatione l.centurio 27.D. eod.tit.De teſtam.milit.

QVod huius legis mentionem proximè fecimus mouet nos vt de ipſius ſententia & emendatione aliquid ſubiiciamus. Locus enim ſicuti Papinianeus ità totus elegans eſt, nec ab inſtituta diſputatione alienus De pluribus teſtamentis ab eodem milite factis: Adeò vt videri etiam poſſit pugnare cum eo quod defendimus, Prius militis teſtamentũ non rũpi per poſterius, licèt in vnoquoque teſtator de bonis ſuis omnibus diſpoſuerit, ſi modò vtrumque teſtamentum iure militiæ factum proponatur. Tractat enim Papinianus de milite, qui duo teſtamenta fecerat, & in ſecundo poſthumos heredes inſtituerat, Nulliſque datis ſubſtitutis poſteà dixerat ſe ad prius reuerti teſtamentum. Nec dubitat, quin teſtamentum prius ruptum fuerit per ſecundum, Cùm nõn alio iure valere prius velit, quàm quia teſtator ad illud redire voluit. Non ergo admitteret Papinianus, Valere vtrumque militis teſtamentum de bonis omnibus factum, ſi non ſpecialiter id expreſſiſſet teſtator, quod apud Papinianum non expreſſerat: Alioqui poterat ſufficere militi, vt in quem caſum volebat reuerti ad prius teſtamentum infirmaret ac reuocaret poſterius, nec erat neceſſarium vt adderet velle ſe ad prius redire quod neque ruptum, neque abſolutè reuocatum vnquam fuiſſet. Verùm vt hinc exordiamur facilis pro nobis reſponſio eſt, Non tractare Papinianum de pluribus teſtamentis militaribus & iure militiæ factis. Verba enim potiùs præſeferunt ſolum poſterius teſtamentum in illa ſpecie iure militari factum, Prius verò iure communi. Quod & in dubio militem facere voluiſſe credendum eſt tùm quoque cùm tempore militiæ teſtatus eſt, quoties iure communi valere teſtamentum poteſt *l. tertia C.eodem tit.* Atqui iam diximus in præcedentibus, Ita demùm poſſe militem decedere cum pluribus teſtamentis, in quibus ſingulis diuerſos heredes & ex aſſe ſingulos ſcripſerit ſi vtrumque teſtamentum iure militiæ factum ſit, non etiam ſi prius, iure communi Ex *l.militis codicillis 36.§.vlt. D.eod.* Nihil igitur contra nos vrget ille Papiniani locus. Sed & dici poteſt, agere Papinianum de ſecundo teſtamento in quo poſthumi liberi teſtatoris fuerant heredes inſtituti. Quo caſu nemo dixerit eam militis voluntatem fuiſſe, vt liberis ſuis coheredes daret eos quos in prioribus tabulis ſcripſerat, Cùm etiamſi nihil de poſthumis dictum eſſet, eorum tamen agnatione vtrũque teſtamẽtum rumperetur ſi non ſcienter eſſent præteriti, *leg. ſi filiusfamilias 33. eod.tit.* iunct. *l. ſicut certi 9. & ſequent.C. eodem.* Cur non ergo ipſorum inſtitutio poſterioribus tabulis facta ſic accipi debeat vt ſoli videantur ad paternam ſucceſſionem inuitati, quæ naturali ratione iis debeatur? Itaque nihil hac parte refert an iure communi factum ſit poſterius teſtamentum, an iure militari, quoniam & in militum teſtamentis interpretandis probabilem eorum voluntatem & inquirere & ſequi debemus, Dummodò voluntatis potiùs quàm iuris interpretatio illa ſit, *lege ſi ſecundum*

probabilem 32. *eod.* Non igitur ſumi argumentum poteſt à ſecundo teſtamento in quo ſcripti ſint poſthumi, ad ſecundum teſtamentum in quo ſcriptus ſit extraneus, quantum ad hoc vt perinde vtroque caſu teſtamentum prius per poſterius rumpatur. Sed non in hoc præcipua legis difficultas conſiſtit: at in eo primùm quod vulgata lectio nullum ſatis bonum ſenſum habere videtur, in illis verbis *neque ſubſtitutos addidit, Quibus non additis, ad ſuperius teſtamentum ſe redire teſtatus eſt.* Nam cùm iam expreſſum eſſet ſic inſtitutos poſthumos vt nulli eſſent iis additi ſubſtituti, quid attinebat ſubiicere *quibus non additis*? Aut quis credat patrem quamuis militem tam inhumaniter poſthumos tractaſſe vt poſt eos in ſecundo teſtamento inſtitutos mox quaſi pœnitentia ductus redire voluerit ad prius teſtamentum, in quo nulla poſthumorum facta mentio proponebatur? quódque proinde in eo erat vt vel vnius poſthumi quandocunque ſuperuenientis agnatione rumperetur? Credibilius ſanè eſt vt non niſi ſub condicione voluerit miles ad prius teſtamentum redire quod iure communi fecerat, Scilicet ſi poſthumi heredes non eſſent, vt & Accurſius noſter interpretari cogitur, nulla tamen verborum authoritate ſubnixus. Nec enim tam facilè præſumenda eſt adeò ſubita mutatio & correctio prioris voluntatis *vulg. leg. non ad ea* 89. *D. de condic. & demonſtrat.* præſertim vt poſthumis noceatur inducta eorum præteritione, per quam fieri poſſit vt defuncti militis iudicia ſubuertantur. Tantò namque fauorabiliores ſunt poſthumi, quòd eorum cauſa cum teſtatoris ac teſtamenti fauore coniuncta eſt, quódque non ſolùm ex charitate & adfectione ſed etiam ex neceſſitate vel inſtituti, vel ſaltem exheredari debuerunt. Quare dubitandum non eſt quin locus ſit corruptus, & aliquid immutandum in iis verbis *quibus non additis*: Sed quomodo ea immutatio & emendatio facienda ſit, difficilius eſt dicere. Putabam aliquando pro *additis* legendum eſſe *adeunt*, id eſt *adeuntibus*, Relata dictione *quibus* non ad ſubſtitutos vt ab Accurſio & aliis malè factum eſt quamuis citra emendationem nihil habuerint, quod meliùs dicere potuerint, ſed ad poſthumos heredes inſtitutos, hoc ſenſu vt teſtator miles qui ſecundo teſtamento iure militiæ facto poſthumos heredes ſcripſerat, nec vllos iis ſubſtitutos dederat, eodem tamen teſtamento declarauerit velle ſe ad prius teſtamentum redire ſi poſthumi heredes non eſſent, quæ ſecunda eiuſdem Accurſij, vt dixi, interpretatio eſt, omnino certè admittenda, vt lex bonum aliquem ſenſum habeat, ſed tamen prorſus improbabilis & diuinatoria ſi nihil in verbis emendetur. Iuxta quam interpretationem & emendationem, facile eſt videre rationem dubitandi apud Papinianum illã fuiſſe, propter quam dicendum videbatur legata & fideicommiſſa quæ à poſthumis in ſecundo teſtamento relicta fuerant deberi ab heredibus in priore teſtamento inſtitutis, quod heredes illi poſthumis vulgariter ſubſtituti viderentur. Quid enim referebat an in eodem teſtamẽto vulgariter ſubſtituti eſſent, An verò ex alio quidem teſtamento ſuccederent, ſed ſub ea tamen ipſa condicione, ſub qua fieri vulgaris ſubſtitutio potuerat, id eſt, ſi poſthumi heredes non eſſent. Verùm ne emendatio iſta probabilis mihi nunc videri poſſit, illud facit, quod neque à dictionum ſimilitudine valde adiuuatur, quod tamen ego in emendationibus recipiendis præcipuè ſpectandum arbitror, neque ſatis propriè dictio *adeuntibus* conuenit poſthumis, qui cùm naſcantur ſui heredes patri, ideóque agnatione rumpant teſtamen-

ſtamētum, ſi in eo prætériti ſint, non adire paternā hereditatē dicuntur,ſed ſe immiſcere, quamquam nec immixtio vlla in ijs neceſſaria eſt, cùm ipſo iure ſint heredes ab ipſo tempore quo naſcuntur. Nam naſcendo rumpunt, & rumpendo ſuccedunt, & ſuccedendo rumpunt, Niſi ponas agi de milite filiofamilias,vt *in l.filiusfamilias* 28.*& dicta l.ſi filiusfamilias* 33.*eodem*. Cùm enim filiusfamilias ſit ipſe in patris ſui poteſtate, certum eſt non poſſe illum ſiue viuum ſiue mortuum habere ſuos heredes, Non ſolùm quòd poſthumus non poſſit habere in poteſtate *leg.ſic eueniet* 21. *D.ad legem Iuliam de adulter.* quos nec paterfamilias haberet *l.vltima.D.de collat.bonor.* Sed etiam quia cùm naſcuntur vtique naſcuntur in aui ſuperſtitis poteſtate & ideò ipſi auo adnaſcuntur ſui heredes non patri, & aui teſtamentum rumpunt,non patris *dict.l.ſi filiusfamilias.* Proinde ſi filiusfamilias teſtatus ſit, & reliquerit hereditatem in bonis caſtrenſibus poſthumis inſtitutis, Potuit non ineptè iis ſubſtitui ſi non adirent,perinde atque per verba illa *ſi heredes nō eſſent.* Sed nimia eſſet iſta reſtrictio,cùm Papinianus de milite ſimpliciter loquatur, nec minùs de patrefamilias, quàm de filiofamilias. Itaque nunc magis probo,vt pro *additis* legamus *editis*,quod & ante nos Zoannetus obſeruauit. Vt verba illa *quibus non editis*,ad poſthumos æquè referantur, nec tam ſint Iureconſulti quàm teſtatoris qui poſt heredes inſtitutos poſthumos,non quidem dederit iis ſubſtitutum vllum neque in vulgarem caſum,neque in pupillarem, ſed tamen addiderit, vt ſi poſthumi non ederentur prius teſtamentum valeret. Quæ emendatio ſi errorem inſpicias, qui ex dictionum affinitate naſci potuit, longè probabilior eſt,ſin ſenſum legis, eodem penè quo prior recidit, Niſi quod condicio reſtricta eſt ad vnum caſum, eúmque ſpecialiorem ſi poſthumi non naſcerentur. Illa verò *ſi poſthumi non adirent*, aut quod effectu idem eſt *ſi heredes non eſſent*, generalior eſſet, nec tantùm eum caſum complecteretur, quo editi non eſſent, ſed etiam illum quo editi, paternam tamen hereditatem adire recuſarent,aut ante aditam morerentur. Eſt tamen frequentius vt qui poſthumos inſtituit,iiſque ſiue expreſſè ſiue tacitè ſubſtituit,adſcribat condicionem hanc *ſi non naſcentur*,quàm illam *ſi heredes non erunt l. vlt. C. de inſtit. & ſubſtitut.* Nempe quòd proximior & periculoſior euentus ille ſit vt non naſcantur, quàm vt nati vel nolint vel non poſſint heredes eſſe,quod vtrunque difficilius eſt euenire.Neque tamen probo quod Zoannetus dixit teſtatoris eſſe verba illa *quibus non editis* quaſi teſtatore poſt inſtitutos poſthumos ſic locuto *Quibus non editis,ad prius teſtamentum reuerti volo.* Papiniani enim ſunt, voluntatem teſtatoris & ſententiam magis,quàm verba referentis.Quod etiam illa oſtendunt *teſtatus eſt*,quæ nemo teſtatoris eſſe dixerit. Teſtatorē verò ita potiùs cauiſſe probabile eſt *Poſthumi qui mihi naſcētur, heredes ſūto,ſi nō naſcētur ij heredes ſūto quos priore meo teſtamēto inſtitui.*Nā verba illa *quibus non editis*,cùm ſint præteriti tēporis,minùs apta ſunt ad exprimēdā cōdicionem,quæ in futurum concipi & ſolet,& debet *l.cùm ad præſens* 37.*& ſeqq. D.de reb.credit.* Vt neque verbum *volo* quod eſt fideicommiſſarium aptum eſſet ad retinendam inſtitutionem directam quæ priore teſtamento continebatur, ſed magis ad flectendam eam in fideicommiſſariam, vt *in l. quærebatur* 19.*eod.* iunct. §.*vltim.Inſt. de ſingul.reb.per fideicomm.relict.* Præter id quod longè aliud eſt,velle redire ad prius teſtamentum, Aliud verò redire, ſicut & aliud eſt velle teſtari,aliud teſtari.Itémque aliud vellle adi-

Digitized by Google

re, Aliud adire. Neque verò priuilegium militis hac parte aliud eſt, quàm vt poſſit directam facere inſtitutionem quæ erat precaria, Vel precariam illam quæ erat directa *d.l. quærebatur*. At non etiam vt poſſit directam facere inſtitutionem verbis precarijs aut precariam verbis directis, Ne alioqui voluntatis confuſio & incertitudo inducatur, quam non meliùs diſcernere norunt Iureconſulti, quàm ex propria verborum, quibus teſtator vſus eſt, ſignificatione. Illud ſanè Zoannetus benè verba illa præcedentia *neque ſubſtitutos addidit* ſic accipienda eſſe acſi ſcriptum eſſet *neque ius quemquam ſubſtituit*, quomodo ſi ſcripſiſſet Papinianus, nemo dixiſſet ſequentem dictionem *quibus* ad ſubſtitutos referendam, de quibus in ſingulari tantùm numero locutus ille fuiſſet, ac non potiùs ad poſthumos heredes inſtitutos. Sed hæc quidem de legis emendatione ſufficiant.

ERROR OCTAVVS.

De ratione dict. l. centurio. & de Baldi ad eam interpretatione.

SENSVS verò ſi emendationem admittas nec difficilis eſt nec obſcurus. Nam cùm quæreretur an non editis poſthumis, atque ita ſuccedentibus ex primo teſtamento his, qui in eo fuerant inſtituti iuxta voluntatem in ſecundo declaratam, deberent illi legata & fideicommiſſa quæ teſtator à poſthumis in poſteriore teſtamento ſcriptis reliquerat; Reſpondet Papinianus nihil eorum deberi niſi quæ teſtator in ſecundo illo teſtamento ſpecialiter & nominatim confirmauerit poſteaquàm reuerſus eſt ad priorem voluntatem. Hoc verò cur ita? An quia conſtitutio Seueri quę voluit vt legata ab inſtitutis relicta etiam à ſubſtitutis in dubio repetita intelligantur? *leg. licet* 74. *de legat.* 1. non habeat locum in teſtamento militis, Non magis quàm conſtitutio Diui Marci de qua in *leg. iam hoc iure* 4. *De vulg. & pupill. ſubſtitut.* vt apparet ex *leg. precibus* 8. *C. de impub. & aliis ſubſtitut.* iunct. *leg. in teſtamento* 6. *C. de teſtament. milit.* aut aliæ leges & conſtitutiones? Non puto bonam eſſe rationem: Non enim conſtitutio illa Seueri hac in re tam fecit ius nouum, quàm certum reddidit & indubitatum quod prudentes anteà iam ferè omnes reſpondebant ex coniectura voluntatis, vt conſtat *ex dicta lege licèt*, aliiſque pluribus in hanc rem iuris locis, de quibus nos in Coniecturis noſtris ſcripſimus. Certum autem eſt etiam in teſtamentis militaribus inquirendam eſſe ac inſpiciendam probabilem militis voluntatem *dicta lege ſi ſecundum probabilem* 32. *D. eod. tit. de teſtament. milit.* cáſque ſolummodo prohibitas interpretationes quę à iuris potiſſimùm authoritatè deſcendāt. Quaſi ſint omnes eæ contra voluntatē militis qui propter ſimplicitatem militarē, vt loquitur *l.* 3. *C. eod.* & ob iuris imperitiā nihil minùs, quàm ex legibus teſtari velle creditur, Ergo perinde in militis atque in pagani teſtamento id obtinebit, vt legata & fideicommiſſa ab inſtituto relicta etiam à ſubſtituto tacitè repetita exiſtimentur, Etiam poſt conſtitutionem illam Seueri, quia tametſi nulla eſſet conſtitutio, idem tamen ex præſumpta defuncti voluntate admittendum

Digitized by Google

mittẽdum eſſet: Alioqui vix vlla dubitandi ratio adferri poſſet, quæ apud Papinianum pro ſecundi teſtamenti legatariis & fideicommiſſariis facere videretur. An ergo Papinianus ea fortaſſis ratione moueri potuit, quòd voluntas illa tacita & præſumpta de legatorum, ac fideicommiſſorum repetitione non niſi in iis qui expreſſè ſubſtituti ſint locum habeat? Ne hac quidem. Nam & in coheredibus locum habet, idque non alia ratione quàm quia coheres coheredi in coheredis portione tacitè ſubſtitutus eſſe videatur *l. ſi Titio 61. §. Iulianus* (ſi tamen is locus Iureconſulti eſt) *de legat. 2. lege non iuſtam 4. C. ad Senatuſconſultum Trebellianum.* Ratio igitur quæ Papinianum mouere potuit & debuit, vna illa eſt, quòd quanquam in teſtamento ſecundo teſtator miles dixerit velle ſe, vt ſi poſthumi non naſcerentur, heredes ij eſſent, qui priore teſtamento ſcripti erant, Non tamen ſuccedunt iſti quaſi in ſecundo illo vel inſtituti, vel ſubſtituti, ſed tanquam ex primo, haud ſecus acſi ſecundum nullum factum eſſet, ita ſcilicet faciente nuda & ſimplici militis voluntate: Quo tamen caſu nullus dubitationi locus relinqueretur, An primi heredes deberent legata vel fideicommiſſa relicta in ſecundo teſtamento, quod nullum ſecutum eſſet. Quare nec dici poſſunt aut tacitè aut expreſſè ſubſtituti in teſtamento illo ſecundo, quod neque factum eſſe intelligitur. Quòd ſi vel omnia legata illa & fideicommiſſa, vel aliqua ex iis miles in ſecundo teſtamento nominatim confirmauerit ad priorem voluntatem reuerſus, Ea verò debebuntur, ſed non quaſi relicta in ſecundo teſtamento, at potiùs quaſi relicta in primo, licèt nihil de iis in primo expreſſum eſſet, cum primum fiebat. In eóque vereor nec Baldus noſter errauerit, qui ad Papinianum notat, Primum teſtamentum virtute confirmationis extremæ effici tertium, & præualere ſecundo. Non enim fit tertium, ſed remanet primum, quamuis ex tertia & noua voluntate. Alioqui non eſſet dicendus redire ad primum teſtamentum is, qui tertium conderet, licèt non aliud in tertio illo diſponeret quàm quod diſpoſuerat in primo. Atque ita eſſe apparet manifeſtè ex Vlpiani diſputatione *in d. l. quærebatur*, vbi ait Militem qui codicillos antè fecerat, poſſe eos per teſtamentum ſequens, ita cauendo in poteſtatem inſtitutionis redigere, ac efficere directam inſtitutionem quæ erat precaria. Nam ſi vltima illa voluntas militis noui & tertij teſtamenti iure cenſenda eſſet, non eſſet dicendus miles codicillos quos ante teſtamentum fecerat conuertiſſe in teſtamentum anterius, ſed nouum feciſſe teſtamentum poſterius eo quo anteriores erant codicilli in inſtitutionis poteſtatem redacti. Neque rurſum dici poſſet factam directam inſtitutionem quæ fuerat precaria, ſed ad precariam in codicillis factam, & directam illam quæ in ſubſecuto teſtamento expreſſa fuerat, adieciſſe nouam directam quæ codicillos & codicillarem inſtitutionẽ non tã immutauerit quàm penitus ſuſtulerit, cùm tamen velit Vlpianus eam ſolummodò immutatam. Sed acriùs vrget pro noſtra ſententia, quod apud eundem Vlpianum ſequitur, Si hoc animo fuit miles vt valeret prius teſtamentum, idque cauit (ſic enim malo legere quàm vt vulgo, *id quod cauit*) valere oportere. Id námque non aliter accipi poteſt quàm vt valeat iure primi non autem quaſi tertij teſtamenti. Siquidem ſubiicit ſtatim Vlpianus *ac per hoc effici vt duo ſint teſtamenta*, Scilicèt, primum illud

quod vt valeret in ſecundo cauit, Itémque ſecundum in quo ipſo cauit vt prius valeret. Atqui debuerat Vlpianus ſcribere tria hîc non duo effici teſtamenta, ſi cum Baldo putabat primum per confirmationem factam in ſecundo effici tertium: cùm iam antè dixiſſet non eſſe ſublatum primum per ſecundum. Non ergo agnoſcit tertium iſtud teſtamentum quod Baldus ex poſteriore primi confirmatione inducit. Denique nec illud verum eſt quod vult Baldus per eiuſmodi confirmationem extremam primi teſtamenti fieri vt primum illud tanquam tertium præualeat ſecundo: Non ſolùm quia nihil prohibet quominùs ex militis voluntate primum teſtamentum etiam quatenus primum præualeat ſecundo, ſed etiam quia in ſpecie illa quã Papin. tractat, in qua erant inſtituti poſthumi nec eis quiſquam ſubſtitutus ſi poſthumi nõ naſcerentur, fieri nõ poterat vt nullis editis poſthumis non deſtitueretur, & corrueret teſtamentũ, etiamſi neque primũ vllum præceſſiſſet, neque vt primum valeret, in ſecundo expreſſiſſet. Neque enim poteſt manere teſtamentum, quod ad eam cauſam peruenit, vt ex eo heres eſſe amplius nemo poſſit. Itaque primum teſtamentum hoc caſu non tam eſt potentius vt poſſit dici præualere ſecundo, quàm ſolum & vnicum, vt idem Papinianus ſcribit de creditore qui non tam potior quàm ſolus inuenitur *in l. 2. D. qui potior. in pign. hab.* Nihílne igitur proderit hæc poſtrema confirmatio? Imò proderit, ſed non ad euertendum ſecundum teſtamentũ quod ſua ſponte corruit & infirmatur per defectum condicionis quæ adſcripta fuerat inſtitutioni. At in hoc tantùm vt prius teſtamentum, quod per poſterius ruptum fuit, redintegretur, & priſtinis ſuis viribus reſtituatur. Denique non vt prius teſtamentum præualeat, ſed vt valeat, quod tanquam ſemel ruptum valere non poſſet, ſi non ex noua voluntate redintegraretur. Nam quin redintegrari poſſit, dubium non eſt, non quidem iure communi vt conſtat *ex l. milit. codic. 36. §. vlt. eod. tit.* Sed ex priuilegio militari. *l. quod dicitur 38. in fin. eod.* Sicut enim voluntas quæque militis teſtamentum eſt *l. eius militis 34. in fin. eod.* ita & tale teſtamentum eſt quale miles eſſe voluit, etiam primum, ſi primum aliquod præceſſit, licèt voluntas illa, quæ redit ad primum teſtamentum, tertia ſit, non prima.

ERROR NONVS.

De iure adcreſcendi in hereditate ex teſtamento militis.

NEMO neſcit inter cætera quæ in militaribus teſtamentis ſingulari iure non pauca vel recepta, vel conſtituta ſunt, hoc vnum eſſe, vt ſi miles aliquem ex certa re, puta ex fundo Corneliano heredem inſtituerit, nec de reliquo ſuo patrimonio quicquam cauerit, non niſi in eo fundo teſtamentarium heredem habere, in cæteris verò bonis ſuis omnibus inteſtatus deceſſiſſe intelligatur *l. ſi miles 6. D. de teſtament. milit.* vbi ratio redditur quia miles pro parte teſtatus decedere poteſt, & pro parte inteſtatus, quod paganus non poteſt *lege ius noſtrum 7. De regulis iuris.* An quòd

Digitized by Google

quòd hac de re lex aliqua vel conſtitutio lata ſit quæ militibus nominatim hoc ius permiſerit? Minimè, Sed ex conſtitutionibus illis generalibus, ex quibus cætera omnia militarium teſtamentorum priuilegia fluxerunt quæ teſtari iis permiſerunt quomodo poſſint & quomodo velint propter ſimplicitatem militarem, vt ait *l.3.C.de teſtam.milit.* Non enim teſtaretur miles quomodo vellet, ſi de bonorum ſuorum tantummodò parte teſtari non poſſet. At difficilius illud videtur, Tum quoque cùm miles ſic teſtatus eſt vt in certa re duntaxat heredem inſtituerit, non tamen expreſſo eo quòd in cæteris bonis inteſtatus decedere velit, Cur non in dubio credendus ſit voluiſſe potiùs vt certæ rei inſtitutio ad vniuerſa bona traheretur? Nam quemadmodum ciui Romano cuilibet longè honorificentius eſt teſtatum decedere quàm inteſtatum, cùm quiſquis teſtatur legem facere exiſtimetur, ideóque ſapientium iura pertractare dicatur *in l.vlt.C.eod.* Ita & ipſius militis intereſſe videtur qui teſtamentum facere voluit, vt credatur ex toto aſſe teſtatus deceſſiſſe, nulla verò ex parte inteſtatus. Sed reſpondendum eſt, ita poſito iure ex conſtitutionibus vt teſtari poſſint milites quomodo velint, non aliud credendos eos velle quàm quod dixerint & expreſſerint, propter periculum quod ſubeſt, ne priuilegium offendatur ſi adhibita iuris communis interpretatione diuinemus tale quid eos voluiſſe de quo ne per ſomnium quidem cogitarint. Quod periculum in teſtamento pagani ex legibus interpretando nullum ſubeſt, cuius ſcilicet voluntas non nuda, vt militis, ſed iuſta eſſe debet, ad hoc vt teſtamentum dici poſſit *l.1. D. qui teſtam. facer. poſſ.* Hinc dicimus Voluntatem militis pro iure ſeruari *l.1. C. de teſtam. milit.* & voluntatem quamlibet militis teſtamentum eſſe *l.eius militis 34. in fin. D. eod.* quod de pagani voluntate non ſimiliter dicere quiſquam poſſit. Ergo cùm nemo aliud voluiſſe credendus ſit, quàm quod verbis ſiue per vocem, ſiue per ſcripturam expreſſerit *l. Labeo 7. De ſupellēct. legat. l. ille aut ille 25. §. 1. l. non aliter 63. de legat. 3.* conſequens eſt vt quiſquis aſſerit militem aliquid voluiſſe quod expreſſim non dixerit, hoc ipſum probare debeat, & quidem liquidò ne vllus aut dubitationi aut coniecturæ locus relinquatur. Maximè verò quod ad ius adcreſcendi pertinet, etiam inter heredes, quia cùm ex ſola iuris poteſtate deſcendat, eíque locus ſit non ſolùm ſi teſtamenti verba non adiuuent, ſed etiam ſi manifeſtè repugnent, id eſt, tametſi teſtator id expreſſim prohibuerit, vt ſcripſimus in *Error.7.Decad.15.* nulla cauſa eſt cur per interpretationem inducatur in teſtamento militis, cui tam facilè fuerat imò facilius heredem aliquem ſimpliciter ſcribere, quàm fuit certæ rei facere mentionem, ſi teſtamentarium heredem ex aſſe habere voluiſſet. Quòd ſi per inſtitutionem in fundo factam ſatis declarauit nihil ſe præter fundum illum heredi ſuo relinquere, quid aliud ſupereſt quod de bonis cæteris dicamus, niſi voluiſſe ipſum decedere inteſtatum? Quinimò quod magis eſt, ſi duos ex toto aſſe ſcripſerit heredes & alter omiſerit hereditatem, quamuis negari non poſſit, quin hoc caſu initio inſpecto voluerit decedere in ſolidum teſtatus, Pro ea tamen parte quam vnus ex heredibus teſtamentariis omiſerit, videbitur inteſtatus deceſſiſſe *l. ſi duobus 37. D. de teſtam. milit.* Niſi, inquit Paulus, ſi hæc voluntas defuncti probata fuerit, vt omittente altero, vel et ad alterum totam redire hereditatem: Nempe quia ſi nihil de eo dixerit, nec voluiſſe putandus eſt, Adeò vt neque ex eo quod in vnum caſum diſpoſuit, coniectura voluntatis capi poſſit, quid diſpoſitum voluerit in alium de quo

Digitized by Google

nihil dixit. Secundùm quæ,ſi miles aliquem ſpecialiter in bonis quæ in paganico habebat heredem inſtituerit, nec de caſtrenſibus quicquam cauerit, multò certius eſt heredem ſcriptum in paganicis non poſſe illa petere bona quæ teſtator in caſtris reliquerit. Non modò ſi in caſtrenſibus heres nullus ſcriptus proponatur (quod difficilius eſt vt contingat) quemadmodum è contrario ſi caſtrenſium tantummodò bonorum commilitonem ſuum heredem inſtituiſſet, cætera eius bona tanquam inteſtati defuncti ad legitimum eius ſucceſſorem pertinerent *l.2. C. eod.* Verùm etiam ſi in caſtrenſibus coheres aliquis datus ſit, ſed qui ea noluerit adire: Nam & illo caſu veniunt ſuccedentes ab inteſtato, quod diſertè ſcriptum eſt *in l.1. eod. tit.* An, quia miles qui de bonis caſtrenſibus & paganicis ita teſtatur vt diuerſos in iis heredes ſibi eligat duorum teſtatorum vice fungatur? Ita ratiocinatur Baldus noſter ad eum locum, Nec inſubtiliter vt ſibi videtur, ex hoc inferens non eſſe ideò inter heredes iſtos locum iuri adcreſcendi. Quia, inquit, ſicut ex diuerſis diuerſorum teſtamentis ius coniunctionis non poteſt contingere *l. ſi ſub conditione 16. D. quib. mod. vſusfr. am itt.* Ita neque ius adcreſcendi locum habere in teſtamentis, & hereditatibus diuerſorum teſtatorum, additque rationem rationis, Quoniam inquit, ius adcreſcendi ab eadem cauſa efficiente proficiſci debet, ne vnus & idem decedat pro parte teſtatus,& pro parte inteſtatus, quæ ratio ceſſat in teſtamentis diuerſorum: ſed quod cum bona Baldi venia & pace dictum velim, parum ſubtilis eſt tota hæc ratiocinatio, nec valde tanto viro digna. Primùm enim falſum illud eſt militem qui in paganicis & caſtrenſibus bonis alium atque alium heredem ſcribit fungi loco diuerſorum teſtatorum. Fateor quaſi duorum hominum duas hereditates hoc caſu intelligi, vt Caius ſcribit *in l. ſi certarum 17. §. Iulianus. D. de teſtam. milit.* Hactenus nimirum vt etiam in æs alienum quod in caſtris contractum eſſet ſolus is teneatur, qui caſtrenſium rerum heres inſtitutus eſſet, at extra caſtra contracto ære alieno, is ſolus obligetur, qui cæterarum rerum heres ſcriptus eſſet, quomodo ibidem Caius interpretatur, ſubiiciens huic conueniens eſſe reſpondere, vt ex quaqua cauſa debeatur militi,vel huic heredi vel illi ipſo iure debeatur. Sed nego, Habendum ideò teſtatorem militem pro duobus teſtatoribus in cæteris. Idque ex eo manifeſtè apparet quod ſupradicto loco ſequitur apud Caium, Si alterutra pars bonorum æri alieno,quod ex ea cauſa pendebit,non ſufficiat, & propter hoc is qui ex ea parte heres inſtitutus eſt,non adierit, alterum qui adſſet compellendum eſſe aut defendere totam hereditatem, aut totam (ſic enim legendum eſt,non *totam*) creditoribus ſoluere. Hoc verò cur ita? Niſi quia vnius teſtatoris vna tantùm hereditas iſta eſt, quæ licèt admittat fictionem duarum hereditatum in perſonis heredum, ad impediendam patrimoniorum inter eos confuſionem, non tamen ſimpliciter admittit & indiſtinctè,ſed ad certum vſque finem, & quatenus fieri poteſt citra diſpendium creditorum, quibus vtique nocere non potuit diuiſio patrimonij à teſtatore facta. Cæterùm ſi generaliter & indiſtinctè dici poſſet admittendam fictionem illam duorum teſtatorum, & duarum hereditatum, fieri certè nullo caſu poſſet, vt neceſſitas æris alieni ſoluendi quod ex vna cauſa penderet,ad aliam cauſam transferretur. Non magis quàm vt æri alieno cuiuſquam alius

Digitized by Google

alius obſtringatur ob id ſolum quòd alterius quàm debitoris heres fuerit. Sed neque ex illa duplicis hereditatis fictione factum eſſe vt inter militis heredes iuri adcreſcendi locus non ſit, ille idem Caij vel potiùs Iuliani textus manifeſtè probat. Nec enim fictio illa impedit quominùs ei qui partem vnam bonorum agnouit , adcreſcat etiam inuito altera cum ſuo onere , ſi plus altera illa oneris habeat & incommodi quàm commodi. Hactenus ſaltem vt qui partem ſuam adiit vel hereditatem totam defendere cogatur, vel totum creditoribus ſoluere, Ne ſcilicet aliter poſito iure priuilegium militis ad creditorum iniuriam traheretur, ſi eos ob patrimonij diuiſionem à teſtatore ſic factam in damno morari oporteret: quod ratio non admittit *l. impuberi* 40. *D. de admin. tutor. l. cùm filiusfamilias* 28. *in fin. D. de teſtam. milit. l. filiusfamilias* 114. *§. Diui* 2. *in fin. de legat.* 1. Idque benè, ac longè melius quàm Baldus vidit Bartolus, qui *ad d. §. Iulianus,* opponens tanquam contrarium quod ſcriptum eſt *in d. l. ſi ſub conditione* 16. *D. quib. mod. vſuſr. amitt.* ex diuerſis teſtamentis ius coniunctionis non poſſe contingere , Reſpondet rectè *in d. l. ſi ſub conditione duorum hereditates eſſe.* At *in d. §. Iulianus* , non niſi vnius. Quamquam hoc ipſum, meo iudicio, verè magis quàm rectè: Potuit enim & debuit melius reſpondere, quod nos in ſuperioribus Decadibus quas de iure adcreſcendi integras conſcripſimus, non ſemel monuimus, Inter coheredes non æſtimari ius adcreſcendi ex iure coniunctionis , cùm habeat locum etiam inter inuitos , quantumlibet re ac verbis diſiunctos , ſed ad ius prælationis totam eam rem pertinere vt qui ex coheredibus inuicem coniuncti ſunt , diſiunctis cæteris præferantur *l. item quod Sabinus* 17. *§.* 1. *l. ſi ita quis* 66. *D. de hered. inſtit.* Solùmque inter legatarios de quibus agitur *in d. l. ſi ſub conditione* , & fideicommiſſarios & alios huiuſmodi ſingulares ſucceſſores id obtinet vt ius adcreſcendi ex iure coniunctionis æſtimari oporteat. Non nego tam verum eſſe quod vult Baldus ex diuerſorum teſtamentis non poſſe ius adcreſcendi locum habere etiam inter heredes, quàm quod Iurec. ait *in d. l. ſi ſub conditione* , Ex diuerſis teſtamentis non poſſe ius coniunctionis contingere , ſed nego ex hoc iure coniunctionis æſtimandum eſſe ius adcreſcendi inter heredes, & rationem à Baldo allatam ex eóque iure petitam malam eſſe contendo. Sicut & illam propter quam receptum eſſe ait ius adcreſcendi in hereditatibus. Ne, inquit, decedat quis pro parte teſtatus & pro parte inteſtatus. Alia enim ratio verior quærenda eſt , quam nos etiam in Decadibus attulimus, Cùm defuncto quoque patrefamilias inteſtato non eò minùs locum habeat ius adcreſcendi inter coheredes, quamuis inuitos., quo tamen caſu verendum non eſſet ne aliter poſito iure decederet pro parte teſtatus is qui nullum penitus teſtamentum feciſſet. Sed neque poteſt ratio hæc bona eſſe in milite, in quo receptum eſt iure ſingulari , vt pro parte teſtatus poſſit decedere & pro parte inteſtatus *d. l. ſi miles* 6. *D. de teſtam. milit.* Denique in ſpecie *d. l.* 1 *C. eod.* non ideò prohiberi ius adcreſcendi inter coheredes quòd vnus inſtitutus eſſet in bonis paganicis & alius in caſtrēſibus, apparet manifeſtiſſimè ex eo quòd non aliud reſcripſiſſent Imperatores etiamſi miles heredes plures inſtituiſſet in bonis paganicis tantùm, aut in ſolis caſtrēſibus Nam neque inter paganicorum, neque inter caſtrenſium bonorum heredes locus eſſet iuri adcreſcēdi,

Cùm nec ſi quis ex fundo tantùm, aut ex fundo ſimpliciter inſtitutus ſit à milite, ob id magis reliquam hereditatem iure adcreſcendi conſequatur: quamuis poneres repudiari hereditatem legitimam ab omnibus inteſtati ſucceſſoribus, fierêntque potiùs bona vacantia & ad fiſcum deuoluerentur. *d. l. ſi miles, iunct. arg. l. vlt. D. de ſucceſſ. ed. ct.* Neque tamen verè quiſquam dixerit, pluribus inſtitutis heredibus in bonis caſtrenſibus tantùm, aut in ſolis paganicis plures idcirco plurium hominum hereditates intelligi. Fictionem enim illam plurium hereditatum inducit pluralitas non heredum ſed patrimoniorum. Omnium autem bonorum paganicorum quatenus caſtrenſibus opponuntur, vnicum duntaxat patrimonium eſſe creditur, ſicut & caſtrenſium omnium. Dixi *quatenus caſtrenſibus opponuntur*, quia nihil vetat etiam paganica ſic diſtribui à milite vt diuerſitatem quoque aliquam patrimoniorum conſtituere videantur, Puta ſi miles inſtituerit heredem vnum ex bonis paternis, alium ex maternis, Tertium ex bonis cæteris. Aut vt *in d. l. ſi certarum 17. in princip. D. de teſtam. milit.* vnum vrbanorũ prædiorum, alium ruſticorum, tertium cæterorum. Sed tamen verius eſt nullam hoc caſu reuera induci patrimoniorum diuiſionem, at tunc tantùm cùm ſeparauit miles paganica à caſtrenſibus: quoniam hæc ſola diuiſio fauore militiæ facta eſt per conſtitutiones, inquit Paulus *in l. heredes 25 §. 1. D. famil. erciſc.* vbi ob hanc cauſam eleganter ait, Si miles alium caſtrenſium, alium cæterorum bonorum heredem fecerit, non eſſe locum iudicio familiæ erciſcundæ, Non magis quàm cùm nihil eſt in corporibus, ſed omnia in nominibus ſunt, Neque quia ſicuti nomina debitorum & iura omnia hereditaria ipſo iure diuiſa ſunt per legem duodecim tabularum inter coheredes *l. 1. C. ſi cert. pet. l. 1. C. ſi vnus ex plurib. hered. debit.* Ita & patrimonium caſtrenſe diuiſum eſt à paganico ex conſtitutionibus, non ſimiliter bona paterna à maternis, aut vrbana prædia à ruſticis. Nec quod etiam his caſibus miles patrimoniorum diuiſionem inducere voluerit, ad rem faciet, quia non ſola militis voluntas hoc ius facere poteſt, ſed ſola cõſtitutionum authoritas, à qua pendet ius omne militarium teſtamentorum. Neque igitur pluralitas heredum in ſolis caſtrenſibus bonis, aut in ſolis paganicis inducere poterit patrimoniorum diuiſionem, quàm conſtitutiones eo tantùm caſu inductam voluerunt, quo miles caſtrenſia à paganicis diſtinxerit, inſtituendo vnum vel plures in caſtrenſibus, alium verò vel alios in paganicis. Eóque pertinet quod Caius ſcribit *in d. l. ſi certarum in princip.* Si certarum rerum heredes inſtituerit miles, veluti alium vrbanorum prædiorum, alium ruſticorum, alium cæterarum rerum, valere inſtitutionem, perindéque haberi, atque ſi ſine partibus eos heredes inſtituiſſet, réſque omnes ſuas per præceptionem cuique legando diſtribuiſſet: Vt intelligamus nullam hoc caſu fieri patrimoniorum diuiſionem inter coheredes non magis quod ad æris alieni onus pertinet quàm quod ad cætera, ſed inter eos pro æquis partibus omnia diuidi onera hereditaria, quomodo contingeret ſi ex partibus hereditariis ſine partibus ſcripti eſſent, nempe quoniã totum patrimonium hoc caſu diuiſum eſt nec quicquam ſupereſt in hereditate quod in cauſam inteſtati cadere poſſit, Aliud eſſet ſi miles ex tribus bonorum generibus de duobus tantùm diſpoſuiſſet puta inſtituendo vnum heredem ex paternis bonis, alium ex maternis, at neminem ex cæteris vt *in l. qui non militabat 78. D. de hered. inſt.* Tunc enim non haberent ſinguli iure ſemiſſes quia in bonis quæ nec paterna eſſent, nec materna locus eſſet legitimæ

ſucceſſioni.

Digitized by Google

ſucceſſioni. Quæ ratio & ſententia eſt *d.l. qui non militabat*, vbi euidenter diuerſum ius conſtituitur hac parte in milite, & in pagano. Sicque conciliari is locus debet cum *d.l. ſi certarum, in princip.* Nec tamen conſequens eſt, quod video velle interpretes, vt eò magis in ſpecie *d.l. ſi certarum* inter eos locus ſit iuri adcreſcendi, ſi modò teſtamentum non iure communi, ſed iure militiæ factum proponatur. Si enim heres ſcriptus ex vrbanis prædiis hereditatem omiſerit non idcirco adcreſcet pars eius cæteris, ſed ad inteſtati heredes haud dubiè pertinebit, Non ſecus ac ſi ab initio ſolus hic ſcriptus fuiſſet in vrbanis prædiis, In reliqua autem hereditate nemo *d.l. ſi miles*. Quid enim refert ſiue voluntatem militis ſpectes, ſiue effectum rei conſideres, An in reliquis bonis nemo inſtitutus ſit, An verò qui inſtituti fuerunt, omiſerint hereditatem? Vtroque nimirum caſu ea ratio facit ne ius adcreſcendi locum habere poſſit, quòd non tam ex teſtatoris voluntate proficiſcatur, quàm ex legibus, quibus tamen locus nullus eſt in teſtamento militis quod iure militiæ factum fuit, ſi de eo nihil miles expreſſim dixerit.

ERROR DECIMVS.

De ſententia & emendatione l. 1. C. de teſtam. milit.

ETSI quæ proximo capite diſputauimus de iure adcreſcendi in hereditate ex teſtamento militis longè aliter quàm ab interpretibus noſtris tractari ſoleant comprobantur apertiſſimè ex reſcripto illo Antonini quod extat *in l. 1. C. de teſtam. mil.* de cuius ſententia iam aliquid dicere cœpimus. Non alia tamẽ in toto iure lex eſt de militaribus teſtamentis, quæ maiores in hac quæſtione tenebras offuderit interpretibus, Vt reſcripti elegantiam videre non potuerint, aliúdque ab Imperatore reſponſum crediderint quàm quod ex vera iuris ratione reſponderi debuit. Naſcitur autem difficultas tota ex eo, quòd poſtquàm Imperator dixit, Si miles ſpecialiter in bonis quæ in paganico habebat aliquem heredem fecerit, alium verò in caſtrenſibus, & hic qui in caſtrenſibus ſcriptus eſt adire noluerit, non idcirco eum, qui in paganicis ſcriptus eſt, caſtrenſia petere poſſe, ſed ab inteſtato ſuccedentes venire, ſubiungit in hæc verba *modò ſi in eius locum ſubſtitutus non es, & liquidò probetur fratrem tuum caſtrenſia bona ad te pertinere noluiſſe.* Quorum verborum vident omnes non alium ſenſum eſſe poſſe, quàm vt contra id quod diximus, bona caſtrenſia in quibus fuerat inſtitutus heres is qui noluit adire hereditatem, pertineat ad coheredem inſtitutum in paganicis, idque iure adcreſcendi, niſi liquidò probetur contraria militis voluntas, quòd id noluerit. Hoc verò pugnat euidenter cum iis omnibus iuris locis quos ſuprà citauimus. Ex quibus apparet nullo caſu locum eſſe iuri adcreſcendi in hereditate ex teſtamento militis, Sed multò minùs eo caſu quo ex pluribus heredibus vnus inſtitutus ſit in bonis paganicis, & alius in caſtrenſibus, propter diuiſionem illam patrimoniorum quam conſtitutiones de militarium teſtamentorum priuilegiis factæ induxerunt. Eſt verò in eandem ſententiam inſignis Papiniani locus *in l. filius 42. §. 1. D. de bon. libert.* de cuius tamen ſententia quoniam ſatis obſcura eſt, & ab Accurſio noſtro peſſimè explicata, ſeparatim dicendum erit Decad. ſeq. Vetus gloſſator Ioannes præcipuæ ac felicis inter veteres omnes gloſſa-

Digitized by Google

tores eruditionis, quem Accurſius noſter paſſim refert & probat, cùm ſupradicta verba non aliter ad rationem iuris accommodare poſſet, Dixit ita eſſe accipienda, vt tamen ſatis probatum intelligatur, Noluiſſe militem bona ſua caſtrenſia peruenire ad eum quem ſcripſerat in paganicis, hoc ipſo quòd non probatur contrarium. Quam interpretationem Bartolus quoque probauit cùm nihil melius haberet quod diceret, Accurſius autem, licèt à Ioanne rarò diſſentiat, hîc tamen ſibi viſus eſt aliquid habere quod melius dici poſſit, Nimirum liquidò probari poſſe quòd teſtator noluerit bona caſtrenſia acquiri iure adcreſcendi heredi paganicorum, ex ipſa voluntate defuncti, quaſi inſtituendo vnum in bonis paganicis hoc ipſo prohibuiſſe videatur ne ſuccederet ille in caſtrẽſibus & contrà. Ex eo nimirum quod dici ſolet incluſionem vnius eſſe excluſionem alterius vulg. *l. cùm Prætor 12. D. de iudic.* Sed vt bene Baldus notat, incidit hæc interpretatio in illam Ioannis, nec tam alia vel melior, quàm clarior dici debuit ab Accurſio. Quod enim Ioannes ſimpliciter dixerat probari voluntatem hanc militis hoc ipſo quòd non probatur contrarium, latiùs explicat Accurſius, petita ratione non tam ex verbis, quàm ex voluntate teſtatoris. Verùm neque interpretatio Ioannis vera eſt neq̃ue Accurſij explicatio & ratiocinatio probabilis. Illa enim verba *& liquidò probetur*, quæ liquidam & manifeſtam probationem exigunt, non poſſunt admittere interpretationem eius voluntatis quæ tantùm ſit prçſumpta. Cùm præſumptio ſoleat opponi probationi, præſertim verò probationi liquidæ & manifeſtæ *l. ſi chirographum 24. l. ſeq. l. Imperatores 29. & paſſ. D. de probat.* Ita vt propriè ac paritè loquentibus, nihil aliud ſit Probari quid liquidò, quàm Probari concludenter, non præſumptiuè, Aliter denique quàm per præſumptionem. Et verò non niſi fruſtrà & ridiculè poſſit quis liquidam probationem requirere eius rei quæ per ſe ſatis probata intelligi debeat, ſi non contrarium probetur. Nec ſimile eſt quod Accurſius pro ſimili adfert ex *l. 2. C. qui teſta. n. f. ter. poſſ.* vbi ſcriptum eſt, Si teſtator ſanæ mentis fuerit eo tempore quo teſtamentum ordinabat, nec poſtea criminis alicuius conſciẽtia obſtrictus ſe præcipitem dedit, eiúſque innocentia liquidis probationibus commendari poſſit, poſtremum eius iudicium adſcitæ mortis obtentu conuelli non debere. Etſi enim dici ſolet, præſumendum innocentem omnem quiſquis non probatur nocẽs *ex l. vlt. in fin. D. de bon. eor. qui mo. ſ. ſib. conſciuer.* in illis verbis, *niſi de crimine fuerit probatum.* Certum tamen eſt probari debere ab heredibus innocentiam illius qui mortem ſibi conſciuit, maximè ſi in reatu fuerit conſtitutus, Probata ſcilicet bona primùm defuncti fama, deinde alia mortis adſcitæ cauſa, puta furore, vel doloris alicuius impatientia, vel pudore æris alieni. Quo etiam facto, ſaluum adhuc ius ſupereſt accuſatori probandi criminis aduerſus omnes illas innocentiæ probationes, quæ ſcilicet quantumuis liquidæ ſint non tamen vſque adeò liquidæ ac certæ eſſe poſſunt vt non admittant contrarias admiſſi ſceleris probationes, quas tantò fortiores eſſe neceſſe eſt, quantò faciliùs adfirmatio probatur quàm negatio. Innocentia verò quid aliud eſt, quàm ſceleris & nocentiæ, vt ita dicam, priuatio? Itaque benè Iureĉ *in d. l. vlt. in fin. de his qui mort. ſib. conſciuer.* duo coniunctim requirit, Vt & defuncti heredes innocentiam eius oſtendant ſuſceptis ipſius defenſionibus, & alia ex parte crimen nullum probetur. Idque optima ſanè ratione, quia negari non poteſt, quin magna præſumptio

vrge-

vrgeat contra eum qui in reatu conſtitutus mortem ſibi conſciuit, Propter quam præſumptionem qua vrgetur, onerari eum probatione non modò æquum, ſed etiam neceſſarium eſt, Maximè cùm nihil vetet etiam innocentiæ concludentes & neceſſarias probationes adferri. Puta ſi is qui tali die hominem Camberij occidiſſe dicitur, Taurini eo ipſo die fuiſſe probetur *l. 3. in princip. vbi not. D. de accuſat.* Iunctis iis quæ tradit Iul. Clar. *lib. 5. ſentent. §. vlt. in pract. crimin. quæſt. 22. verſ. Dixi etiam.* Qua de cauſa benè Imperatores *in d. l. 2. C. qui teſtam. facer. poſſ.* ſic loquuntur, *eiúſque innocentia liquidis probationibus commendari poteſt à te*, vt ſignificent probationem hanc non à ſolo iure fieri, à quo fiunt præſumptiones, ſed ab herede ipſo defuncti, Per probationes igitur liquidas & formales, non per præſumptiones. Proinde non probat is locus quod Ioannes & Accurſius & cæteri volunt ad *d. l. 1. C. de teſtam. milit.* liquidò probatam videri in ea ſpecie voluntatem militis hoc ipſo quòd non probatur contrarium. Quis ergo verborum illorum ſenſus eſſe poterit? Aut ſi de ſenſu dubitari non poteſt, quænam erit ratio? An fortè ad Baldi diſtinctionem recurrendum erit, qui ad *d. l. 1* notat, Multùm referre vtrùm teſtator de bonis ſuis diſpoſuerit ſub appellatione caſtrenſium, & paganicorum, an verò ſub qua al a denominatione, vt priore tantùm caſu procedat Ioannis opinio, Poſteriore verò neceſſariæ ſint liquidæ, certæque probationes. Verùm nec iſta quoque diſtinctio probabilis eſt, incidítque rurſum in aliam Accurſij diſtinctionem ad *d. l. 1.* Diſtinguit enim Accurſius, An miles inſtituerit heredem vnum in bonis paganicis & alium in caſtrenſibus, aut contrà: An verò heredem vnum ex vna re certa, & alium ex alia, Aut etiam vnum ex vncia vna, & alium ex duabus vnciis (quomodo ſcripſiſſe Accurſiū, aut ſcribere debuiſſe Baldus rectè notat) An denique vnum in bonis paganicis tantùm nullo addito coherede in caſtrenſibus. Aut è contrario, vnum in bonis caſtrenſibus nullo dato coherede in paganicis: Primo caſu ait non eſſe inter coheredes locum iuri adcreſcendi ex *d. l. 1. l. ſi duobus 37. D. de teſtam. milit. dict. l. filius 42. § 1. De bon. libert.* Niſi, inquit, bona vnius patrimonij non ſufficiant diſſoluendo æri alieno quod ex ea cauſa contractum fuit. Ex *l. ſi certarum 17. § Iulianus D. de teſtam. milit.* Aut niſi heres inſtitutus in illo patrimonio, ſit etiam ipſe proximior ad ſuccedendum ab inteſtato, vt *in d. l. filius §. 1.* quamquam poſtea magis probat vt eo caſu non iure adcreſcendi ſuccedatur quaſi ex teſtamento, ſed potiùs iure agnationis ab inteſtato. Secundo caſu admittit ius adcreſcendi locum habere inter coheredes, niſi contraria militis voluntas probetur ex *l. 3. C. de teſtam. milit. & d. l. ſi certarum in princip. D. eod.* Et ad hanc nimirum diſtinctionis partem referendum eſt ſecundum caput ſupradictæ diſtinctionis Baldi. Tertio autem caſu negat locum eſſe iuri adcreſcendi, ſiue in bonis paganicis tantùm, ſiue in ſolis caſtrenſibus heres à milite ſcriptus proponatur, & ſiue commilito teſtatoris ille ſit, qui ſcriptus fuit, ſiue extraneus: Sed pro ea bonorum parte de qua miles non diſpoſuit, fatetur locum fieri legitimo ſucceſſori, *ex l. 2. C. eod. tit.* Quemadmodum circa tempus contingeret, vt ſi miles aliquem heredem poſt certum tempus in bonis omnibus inſtituiſſet, interim totóque illo medio tẽpore inteſtati cauſa locum haberet *l. miles ita 41. D. eod.* Huius verò diſtinctionis fatemur nos primam partem veram eſſe, & priorem quæ ad illam additur exceptionem,

Digitized by Google

Ex *d. §. Iulianus*, non etiam poſteriorem deſumptam *ex d. l. filius §.* 1. vt ex iis apparebit, quæ de illius loci ſententia ſequenti Decade dicturi ſumus. Sed ſecundam diſtinctionis partem omnino negamus, tanquam quæ pugnet euidenter cum eo quod ſcribit Vlpianus *in d. l. ſi miles vnum 6. D. eod. tit. De teſtam. milit.* Si miles, vnum ex fundo heredem ſcripſerit, credi eum quantum ad reſiduum patrimonium deceſſiſſe inteſtatum. Miles enim, inquit, pro parte teſtatus poteſt decedere & pro parte inteſtatus. Cui non diſſimile eſt quod Papinianus *in l. qui non militabat 78. De hered. inſt.* tractans de teſtatore qui bonorum ſuorum maternorum heredem libertum ſcripſerat, paternorum verò Titium, notat expreſſim agere ſe de teſtatore qui non militabat, Vt oſtendat quod in duobus illis pagani heredibus reſpondet, Videri eos iure inſtitutos ex ſemiſſibus, non idem ſe in duobus militis heredibus ſimiliter inſtitutis reſponſurum fuiſſe: Cur ita vero? Niſi quia ſic teſtato milite, vt vnum in bonis paternis heredem ſcripſerit, alium autem in maternis, ſuperſunt alia bona militis, quæ nec paterna nec materna ſint, puta caſtrenſia, vel etiam aliunde quàm ex caſtris quæſita, in quibus cùm non alium heredem quàm legitimum inteſtati ſucceſſorem habere miles poſſit, conſequens eſt vt qui ex paternis tantùm & maternis bonis heredes ſcripti ſunt, ſemiſſes iure habere nequeant, quoniam ita fieret vt nulla pars ſucceſſionis legitimo heredi relinqueretur. Atqui falſum hoc eſſet ſi à milite inſtitutus ex re certa ius haberet adcreſcendi. Siquidem inde ſequeretur inſtitutos ex certis bonis nullo coherede dato in cæteris, ſic habendos eſſe acſi in toto aſſe ex ſemiſſibus ſcripti eſſent, quemadmodum contingit in heredibus eo modo ſcriptis à pagano. Ergo vel nihil cauſæ fuit cur Papin. quæſtionem propoſuerit de teſtatore non militante potiùs quàm militante, Vel fatendum eſt aliud iuris eum cõſtituiſſe hac parte in milite, aliud in pagano, id eſt, ius adcreſcendi quod inter pagani heredes locum haberet, inter militis heredes denegaſſe. Vidit Accurſius priorem illam obiectionem *ex d. l. ſi miles*: Sed poſteriorem hâc quæ non minùs vrget, vel non vidit, vel diſſimulauit. Priorem verò ſic diluit, vt dicat quod lex ait *creditur* ſic accipi debere vt à iure ita credatur, ſed ita demum ſi probetur miles id voluiſſe. Sic enim ille interpretatur & *ad d. l.* 1. *& ad l.* 3. *eod. tit.* Quod tamen prorſus abſurdum eſt. Nec enim aptiore verbo potuit Vlpianus quàm illo *creditur* aut *videtur*, iuris poteſtatem & præſumptionem ſignificare, ad excludendam eius voluntatis aliter quàm per præſumptionem iuris probandæ neceſſitatem: cùm vel ipſo fatente Accurſio ſic intelligendus ſit Vlpianus vt credatur hoc à iure non à iudice: Niſi quod credit iudex quicquid ius credit adeò vt aliam nullam probationem exigere poſſit vel debeat, quàm iuris allegationem. Sed & in ſupradicto illo Papiniani reſponſo interpretando quod extat in *d. l. qui non militabat*, euidenter errat Accurſius, dum id quod Papinianus ait de cautionibus officio arbitri familiæ erciſcundæ propter actiones interponendis, Explicat de actionibus legatorum & prælegatorum nomine competentibus, & de cautione danda ex edicto Prætoris *Si cui plus quàm per leg. falc. d.* Cùm tamen loquatur Papinianus de actionibus hereditariis, quæ quoniam ex æquis partibus contra ſingulos heredes cõpetituræ ſunt licèt inæqualis ſit rerũ prælegatarũ æſtimatio, neceſſitatẽ inducunt interponendarũ viciſſim cautionũ de coherede defendẽdo ſi qua fortè ſit aut emergat quæ contra vnum ex heredibus in ſolidum exerceri poſſit,

quas

Digitized by Google

quas indemnitatis cautiones poſſumus dicere, vt *in l.ſi filia 20.§.hoc amplius, et §.Papinianus,aliàs l.ſi vni l.heredes 25.§.idem iuris eſt.D.famil.erciſc.* Quare non ait Papinianus interponendas huiuſmodi cautiones propter legem falcidiam (quamuis ſi fuerit incertum an falcidia interuentura ſit,rectiſſimè dicatur officio iudicis cautiones eſſe interponendas, vt ex eodem Papiniano tractat Vlpianus *in l.ex facto 35.§.vnde ſcio quæſitum in fin.eod. titul.* *De hered. inſtitut.*) ſed *propter actiones*, adeóque priuſquàm loquatur de falcidia, de qua ſic poſteà ſubiicit *ſalua falcidia*: ſic innuens interponendas eſſe cautiones omni caſu ſiue certum ſit,ſiue incertum falcidiam interuenturã, vel non interuenturam. Nempe propter actiones in ſolidum competituras ſiue iam emerſerint,ſiue adhuc lateant,& ſiue perſonales ſint ſiue hypothecariæ,quarum omnium natura & condicio illa eſt,vt indiuiduæ ſint *l.rem hereditariam 65. D.de euict.* vtq; nihil proſit coheredi partem ſuam ſoluere ad liberandum pignus ſi non etiam totum ſoluat *d.l.heredes §. idem obſeruatur famil. erciſc. l. ſi rem 9. §. omnis pecunia D. de pignor. act. l in executione* 81.*§.pen.De verb. oblig.* Porrò vix vlla hodie perſonalis actio eſt quam non aliqua hypotheca vel expreſſa vel tacita concomitetur.Ergo vel ſolo hypothecariæ metu non poſſunt non eſſe vtiles & neceſſariæ cautiones etiamſi de falcidia nihil quæratur: Idq; Accurſium non vidiſſe miror, ſed illud magis quòd ſententiam illam ſuam adeò improbabilem De adcreſcendi iure inter militis heredes inducendo cùm ex certis rebus inſtituti ſunt,probari putat *ex d.l 3. C.de teſt. milit.& d.l.ſi certarum in princip.D eod.* Cùm tamen reſcriptum Imperatorũ de quo *in d.l.3.* loquatur de teſtamento facto quidem à milite ſed iure communi non militari vt ſequenti Decade docebimus: Caij verò reſponſum *in d.l.ſi certarum* nihil exprimat de iure adcreſcendi, neque eum caſum tractet quo inſtitutis à milite tribus heredibus,vno ex prædiis vrbanis,alio ex ruſticis,tertio ex cæteris, quiſquam ex iis portionem ſuam omiſerit,ſed illũ quo omnes adierint,atque ita quo nullus quæſtioni de iure adcreſcendi locus ſupereſſe poſſit: Longéque aliud eſt dicere Videri eos inſtitutos ſine partibus, totúmque teſtatoris patrimonium quaſi legãdo per præceptiones inter eos diſtributum vt lex ait, Aliud verò dicere, quod interpretes de ſuo addunt, Nihil intereſſe an tale teſtamentum à pagano, an à milite factum ſit. Nam etſi nihil intereſt quod ad hoc vt videantur heredes inſtituti ſine partibus,& bona ex quibus ſcripti ſunt, veluti per præceptionem iis legata, vt proinde ad æris alieni ſolutionem ex æquis partibus teneantur, quia ſcilicet totum patrimonium ſuum teſtator diſtribuerat,non partem duntaxat *vt in d. l qui non militabat*,quemadmodum ad finem ſuperioris capitis docuimus. Intereſt tamen cùm agitur de adcreſcendi iure de quo apud Caium ſupradicto loco verbum nullum. Quod verò ad tertiam diſtinctionis Accurſianæ partem attinet, Vera ſanè eſt,ſed in ea non perſtat Accurſius qui longè aliter ſiue ex ſua ſiue ex aliorum ſententia diſtinguit *ad l.2 eod.tit.* de qua ideò latiùs in ſequentibus tractandum erit.Ergo cùm neque veterum gloſſatorum,neque Baldi aut alterius cuiuſquam interpretationem probemus, ſupereſt vt coniecturã noſtram de ſententia & emendatione *d.l.1.* proponamus. Puto ego mendum ſubeſſe in verbo *noluiſſe* legendúmque *voluiſſe*, Tam facili & lubrico errore, vt typographis & librariis omnibus facilior alius aut familiarior nullus ſit,ideóque nec frequentior quàm vt pro litera *n* ponant literam *u* & contra. Nam & in Baldi ad hunc ipſum locum commentariis idem ac-

Digitized by Google

cidit vt ſcriptũ hodie legamus *voluit* pro eo quod ſcribere debuit & ſcripſit haud dubiè *noluit.* Hoc autem admiſſo, non eſt difficile animaduertere quis totius clauſulæ ſenſus ſit: Ille nimirum vt ad præcedentem propoſitionem quæ habebat ſcriptum heredem in bonis paganicis non poſſe petere bona caſtrenſia in quibus fuerat alius inſtitutus qui omiſit hereditatem, duplex exceptio ſubiiciatur, Vna illa ſi nõ ſit coheredi ſubſtitutus ille qui fuit in paganicis inſtitutus. Nam ſi ſubſtitutus eſſet, dubitari nõ oporteret quin poſſet ille ex ſubſtitutione petere ea ipſa bona quę alioqui per ius adcreſcendi conſequi non poſſet, cùm latiùs pateat ius ſubſtitutionis quàm ius adcreſcendi: Altera exceptio eſt ſi non liquidò probetur militem voluiſſe vt ad heredem in paganicis inſtitutum bona quoque caſtrenſia pertinerent ſi fortè ſcriptus in iis heres caſtrenſem hereditatem adire nollet. Nam vt in lege ſequitur *voluntas militis pro iure ſeruatur.* Sic enim legendum eſt circumſcriptis verbis illis *in expeditione occupati,* quæ tanquam irreptitia lineis intercluſa ſunt. Nec enim neceſſe eſt in expeditione eſſe militẽ vt iure militari teſtari poſſit, dummodò in militia retentus ſit, necdum miſſus, ſi ius vetus inſpicias, quod toto iure Pandectarum & Codicis obtinuit vſque ad Iuſtiniani conſtitutionẽ *in l. pen. C. eod.* de qua & ipſe gloriatur initio eiuſdem tit. in Inſtit. Et ex qua probabile eſt illa etiam verba *in expeditione degentes,* addita eſſe ad Conſtãtinianam, quæ extat *in l. milites 15. C. eod.* Cum itaque ſecundùm hanc noſtram interpretationẽ tam aperta ſit & rationi conſentanea legis ſententia, quid obſecro impedire potuit, quominùs eam viderint probarintq; interpretes? Vnũ illud, quod totam illam clauſulam non pro duplici exceptione, ſed pro vnica condicione acceperunt duas quidem habẽte partes, ſed quarum prior negatiua ſit poſterior affirmatiua: Aut potiùs partim pro exceptione, partim pro condicione. Acceperunt pro exceptione, priorem illam partem negatiuè cõceptam *modò ſi in eius locum ſubſtitutus non es.* Pro cõdicione verò & quidem adfirmatiua poſteriorem hanc *& liquidò probetur fratrem tuum caſtrenſia bona ad te pertinere noluiſſe.* Cui errori cauſam dedit non ſolum illud mendum quod ſuberat in verbo *noluiſſe,* ſed etiam quòd non animaduerterunt ita eſſe accipiendam clauſulam acſi negatio poſita eſſet poſt condicionẽ *ſi,* & vterq; articulus repetitus in hunc modum, *modò ſi non in locum eius ſubſtitutus es, & ſi nõ liquidò probetur fratrem tuum caſtrenſia bona ad te pertinere voluiſſe.* Quomodo ſi Imperator reſcripſiſſet nemo dubitaret quin id ipſũ ſenſiſſet quod nos ſentimus. Atqui nihil refert an ita ſcriptum ſit, an quomodo habet vulgata editio præterquàm in verbo *noluiſſe* niſi quòd conſtructio vulgatæ editionis obſcurior eſt, tam propter nõ ſubiectam negationem poſt articulum condicionis in priore parte clauſulæ, quàm ob non repetitum in poſteriore vtrumque articulum *ſi non* qui tamen ſuppleri facile, & ex precedentibus pro repetito haberi non ineleganter potuit. Cæterùm nõ id agere Imperatorem his verbis vt aliquam ſuperiori propoſitioni condicionem iniiciat, ſed potiùs vt duplicem ſubiiciat exceptionem, vel ex eo apparet, quod non ita ſcribit *ſi modò nõ in eius locum ſubſtitutus es* (quæ formula difficiliùs admitteret vt in ſequentibus verbis duo illi articuli *ſi non* coniunctim repeterentur, qui in præcedentibus coniuncti non eſſent) ſed ita *modò ſi non,* quod nihil aliud eſt quàm *niſi.* Illud quoque ſubobſcurum eſt, quod lex ait in fine *Nam voluntas militis pro iure ſeruatur.* Quid enim neceſſe eſt voluntatem militis haberi pro lege ad inducendum ius adcreſcendi, quod ex legibus & ipſo iure locum

habet

Digitized by Google

habet inter coheredes pagani? Sed reſpondendum eſt, ita poſito iure ex conſtitutionibus, vt in teſtamentis militum nullus ſit locus legibus, ex quibus tamen proficiſcitur ius adcreſcendi potiùs quàm ex teſtantis voluntate, non fore ſufficientem militis voluntatem etiam de qua liquidò conſtaret, quòd inter heredem inſtitutum ex bonis paganicis, & inſtitutum ex caſtrenſibus iuri adcreſcendi locum eſſe vellet, niſi ex iiſdem conſtitutionibus factum eſſet, vt nudam militis voluntatem pro iure ſeruari oporteat: Præſertim cùm militibus poſſit imputari ſi quando velint vt vno ex heredibus portionem ſuam omittente portio illa ad alterum perueniat, cur non expreſſè illos inuicem ſubſtituerint vulgariter: cùm ſciant non poſſe ab auxilio legum expectari, vt iure adcreſcendi id fiat: Quod non ſimiliter imputari pagano poteſt cogitanti fore vt quamuis neque coheredes ſuos inuicem ſubſtituerit, neque voluntatem ſuam circa ius adcreſcendi aperuerit, ipſo tamen iure deficiens portio adcreſcat etiam inuito. Itaque ſi tale quid paganus voluiſſe probabitur, voluntas eius ſeruanda erit, non tanquam quæ ſit pro iure, ſed tanquam quæ ſit iuſta. At ſi de militis teſtamento agatur, voluntatem ipſius ſeruabimus, non quaſi iuſtam, ſed quòd ipſa ius ſit, & habenda pro lege. Dices, Cur non verò habetur potiùs ea voluntas pro ſubſtitutione, vt non eſſet neceſſe haberi eam pro iure? Reſpondeo ſubſtitutiones omnes vulgares & directas requirere non modò voluntatem expreſſam, ſed etiam expreſſis & ciuilibus verbis declaratam, ſiue à militibus, ſiue à paganis fiant (nulla enim hac parte inter paganos, & milites differentia eſt *leg. verbis ciuilibus 7. l. centur o 15. D. de vulgar. & pupill. ſubſtit. l. precibus* 8. *C. de impub. & aliis ſubſtitut.*) Illam verò voluntatem militis vt ab vno ex heredibus omiſſa portio ad alium perueniat, facilè talem probari etiam liquidò poſſe, vt tamen pro vulgari ſubſtitutione haberi nequeat, puta ſi appareat teſtantis militis eam fuiſſe voluntatem vt nulla ex parte nullóque caſu agnatum ſuum proximum ad inteſtati ſucceſſionem admitti vellet, quæ res cùm ſucceſſorem inteſtati excludat, nec tamen ſubſtitutum vulgarem faciat, reliquum neceſſariò eſt vt inter coheredes ius adcreſcendi inducat. Et ita totum illud Imperatoris Antonini reſcriptum elegans interpretandum arbitramur.

***

ANTONII FABRI I.C. SEBVSIANI SENATORIS SABAVDIENSIS, ET IN GEBENNENSIS DVCATVS AVDITORIO PRAESIDIS,

DE ERROR. PRAGMAT. ET INTERPR. IVR. DECAS LXXII.

ERROR PRIMVS.

De ſententia & lectione l. filius 42. §. 1. D. de bon. libert.

PROSEQVEMVR hac Decade tractatum illum quem ſuperiore adgreſſi ſumus De iure adcreſcendi in hereditate ex teſtamento militis, & de militaribus teſtamẽtis. Prima autem quæ à nobis occurrit inſtituenda diſputatio eſt De ſententia & lectione *l. filius*. 42. aliàs & vulgò *l. ſi filius* §. 1. *D. de bon. libert.* Species enim quæ ibi apud Papinianum proponitur perelegans eſt, ſed vicio vulgatæ lectionis potiùs quàm iuris obſcuritate meo iudicio peſſimè ab Accurſio, aliiſque interpretibus, qui Accurſium ſecuti ſunt, accepta. Tractat eo loco Papinianus de milite liberto qui cùm duplicis generis patrimonium haberet, paganicum ſcilicet & caſtrenſe in caſtrenſibus heredem ſcripſerat Titium, in paganicis verò Sempronium, præterito in totum patrono, cui tamen dimidiam bonorum ſuorum partem ex Prætoris edicto relinquere tenebatur cùm nullos ille liberos habere proponeretur. Adita fuerat hereditas à Titio, Bonorum ergo caſtrenſium in quibus ſolis erat ille inſtitutus, Sempronius verò in paganicis inſtitutus nondum adierat, ignorans fortè adhuc ſibi delatam, aut deliberans vtrum adire expediret, an repudiare. Quærebatur an aperta eſſet via præterito patrono petendæ bonorum poſſeſſionis ex edicto contra liberti tabulas. Dubitationem faciebat ex vna parte, quod hæc bonorum poſſeſſio, quæ patrono accommodatur non eſt ſimilis illi quam prætor dat liberis contra tabulas parentum. Nec enim aliter datur quàm ſi vel iam adita ſit hereditas ex teſtamento, vel iam petita bonorum poſſeſſio *leg. 3. §. vt patronus D. de bon. libert.* cùm illa quæ liberis datur nec aditionem exigat, nec petitam bonorum poſſeſſionem ex teſtamento, ſed contenta ſit quòd extent tabulæ ex quibus poſſit adiri hereditas vel bonorum poſſeſſio peti, licet neutrum eorum

eorum poſteà ſecutum ſit, vel ſequi potuerit, quemodo ſcriptum eſt *in leg. quod vulgo 29.* iunct. *l. illud 4. D. de bonor. poſſ. contr. tabul.* An quia bonorum poſſeſſio quæ datur filio præterito aſſem perſequatur? vt putat Cuiacius ad Papinianum in hunc locum? minimè. Nam neque id perpetuum eſt ſi fortè plures ſint liberi non exheredati. Neque minùs querela inofficioſi teſtamenti aſſem perſequitur ſi filius exheredatus ſit ſolus, & tamen non competit ante aditam hereditatem *l. Papinianus 8. §. ſi cõdicioni D. de inoff. teſt.* An potiùs quòd per bonorum poſſeſſionem cõtra tabulas quæ datur patrono partiẽda ſit hereditas inter patronum & heredem ſcriptum, vt proinde heredem priùs eſſe oporteat vt ſit cum quo partiatur? Sic idem Cuiac. ibidem putat. Malè. Nam bonorum poſſeſſio contra tabulas quæ datur patrono rumpit totum teſtamentum quamuis ex eo iam ſit adita hereditas ita vt ſit neceſſaria heredi ſcripto noua bonorum poſſeſſio ſecundum tabulas *leg 6. D. de bonor. poſſ.* Sed quòd fauorabilior ſit cauſa liberorum in ſucceſſione parentum, cùm ad penè propria bona veniant *leg. 1. §. largius D. de ſucceſſ. edict. l. vlt. D. de bon. damnat.* facerẽntque patris teſtamentum ipſo iure nullum & iniuſtum per præteritionem ſi non eſſent emancipati *leg. non putauit 8. & paſſ. D. de contr. tabul.* quod de patrono ſiue præterito, ſiue ſuccedente non perinde tractari poteſt. Porrò in propoſita ſpecie licet iam adita eſſet hereditas per Titium inſtitutum in caſtrenſibus, Non tamen videbatur aditio illa ſufficere ad inuitandum patronum vt exinde poſſet petere bonorum poſſeſſionem contra tabulas, quia nec facere poterat vt contra Titium qui adierat ea bonorum poſſeſſio peteretur, cùm non eſſet inſtitutus ille niſi in caſtrẽſibus bonis, quorum ratione certum eſt non magis bonorum poſſeſſionem illam poſſe competere, quàm querelam inofficioſi teſtamenti *d. l. 3. §. patronus D. de bon. libert. l. 1. §. eſt & alius caſus D. ſi quis à parent. manum. ſit. l. de inofficioſo 9. & l. vlt. C. de inoffic. teſtam.* Ergo cùm Sempronius nondum adiiſſet contra quem ſolum peti bonorum poſſeſſio poterat, magis eſſe videbatur vt nõdum ad petendam illam admitti patronus deberet pro bonis paganicis in quibus fuerat Sempronius inſtitutus. At ex altera parte mouebat pro patrono quòd cùm iam adita eſſet hereditas à Titio quamuis non niſi ratione bonorum caſtrenſium, Ex eo tempore certum erat non poſſe libertum facere omnino exitum inteſtati. Neque enim poteſt inteſtatus dici qui vel vnum ex teſtamento heredem habet. Itaque quamuis in eo eſſet Sempronius, vt delatãm ſibi bonorum paganicorum hereditatem adhuc repudiare poſſet, cùm tamen ea res non poſſet facere inteſtatum libertum qui iam heredem ex teſtamento habebat Titium, fruſtrà videbatur id expectare cuius euentus nihil operaretur *l. ſi quis ita ſcripſerit 35. D. de hered. inſtit.* Præſertim cùm ratio iuris ſuaderet vt ſi Sempronius inſtitutionem ſuam omittere quàm agnoſcere mallet, eius portio adcreſceret Titio deberet tanquam coheredi, vt ita non minùs paganica quàm caſtrenſia bona ad eum pertinerent, ex iure communi tam prætorio quàm ciuili, ex quo non petentium partes petentibus adcreſcunt *l. vnic. C. quand. non petent. part.* Nihil ergo cauſæ ſubeſſe videbatur, cur non ſtatim permittendum eſſet patrono vt peteret bonorum poſſeſſionem contra tabulas liberti adita iam per Titium hereditate: Papiniani tamen aliud iudicium eſt, nondum patrono natum eſſe ius petendæ bonorum poſſeſſionis contra tabulas *magis nobis placebat*, inquit, *nondum patronum poſſeſſionem contra tabulas petere poſſe.* Sed cur ita ſentiat non tam citò aperit:

Digitized by Google

Subiicit enim *verùm illa quæſtio interuenit, an omittente eo q. reliqua bona acceperit, perinde Titio adcreſcant, acſi partem eiuſdem hereditatis accepiſſet.* Senſus eſt, primam illam quæſtionem de iure bonorum poſſeſſionis contra tabulas ex alia pẽdere quæ priùs diſcutienda eſt. Acſi diceret quæſtionem in eo eſſe: Verum omittente Sempronio qui ex reliquis bonis omnibus fuit inſtitutus, & nolente illo hereditatem adire, perinde adcreſcant Titio bona cætera, ac ſi ageretur de vna eadémque hereditate plurib. data. In propoſito enim duæ quaſi duorum hominum hereditates eſſe intelliguntur, cùm miles heredem vnum inſtituit in bonis caſtrẽſibus, alium verò in paganicis, *l. ſi certarum 17. §. 1. D. de teſtam. milit.* quia diuiſum eſt per conſtitutiones patrimonium *l. heredes 25. §. 1. D. famil. erciſc.* Itaque non partem eiuſdem hereditatis videtur accepiſſe Titius, ſed aliam prorſus hereditatem quàm quæ Sempronio data fuit, & ſimiliter non videtur Sempronius inſtitutus aliqua ex parte eiuſdem hereditatis quæ Titio data fuerit, quomodo contingeret ſi ab alio quã milite factum eſſet teſtamentum. Tunc enim ambo ſemiſſes iure haberent, vt idem Papinianus reſpondit *in l. qui non militabat 78. D. de hered. inſtit.* quia non plures hereditates eſſe viderentur, ſed vna eadémque vnius & eiuſdem hominis hereditas. Ideo nimirum reſpõdet Papinianus ad poſteriorem hãc quæſtionem incidenter interpoſitam, Verius ſibi videri iure inteſtati deferri bona cætera, id eſt aditionem à Titio factam bonorum caſtrenſium, non impedire quominùs Sempronio inſtitutionem ſuam repudiante bona militis omnia paganica iure inteſtati deferantur, tanquam ſi neque pro caſtrenſibus adita ex teſtamento hereditas fuiſſet. Cui verò deferuntur ab inteſtato bona militis cætera? Non alij vtique quàm patrono, cui hoc caſu competit ex edicto prætoris bonorum poſſeſſio ab inteſtato, cùm nullos libertus reliquiſſet liberos qui patronum excludere potuiſſent. Et ita Paulus qui que ſcribit apertiùs, tractans de milite liberto qui æquè duos heredes inſtituerat, quorum alter omiſerat hereditatem *in leg. ſi duobus 37. D. de teſtam. milit.*

ERROR SECVNDVS.

De legitima hereditate militis liberti pro qua parte deceſſit inteſtatus, & an competat bonorum poſſeſſio vnde legitimi.

VERVM hîc illa non inelegans inſpectio occurrit, Cur dicat Papinianus bona cætera deferri ab inteſtato, non etiam hereditatem ipſam? Nam ſi verum eſt, vt eſt, quod Papinianus ſupponit, aliam videri planéque diuerſam hereditatem in qua Sẽpronius inſtitutus fuit ratione bonorũ nõ caſtrenſiũ, quid obſecro impedit quominùs re ad inteſtati cauſam deducta per repudiationẽ Sẽpronij perinde ſuccedat patronus liberto inteſtato, & ſine liberis defuncto, & quidẽ ex lege duodecim tabularum, acſi nullum teſtamẽtum factum eſſet. Lex enim duodecim tabularum illa fuit quæ iam olim patronos ad legitimas libertorum hereditates vocauit, ſi quando & inteſtati & ſine ſuis heredibus morerẽtur, vt Iuſtinianus refert *in Inſtit. tit. de ſucceſſ. libert.* Conſtat autem in legibus duodecim tabularum inteſtatos dici etiam eos qui teſtamẽtũ fecerunt

fecerunt ſi modò non ſit adita ex teſtamento hereditas,quamuis magis propriè inteſtati dicantur, ij qui cùm poſſent teſtamentum facere,nullum fecerunt *l.1.D.de ſuis & legit.*ſed reſpondendum eſt:Non poſſe in caſu noſtro libertum dici inteſtatum eo fine vt ipſius legitima hereditas pro bonis paganicis ex lege 12.tab. patrono deferatur.Cùm ſi ius illud inſpicias quod ex legibus duodecim tabularum obtinuit, non poſſit inteſtatus dici libertus qui nō ſolùm de bonis ſuis omnibus teſtamentū fecit,ſed etiā heredē teſtamentarium habet in caſtrēſibus,adita per Titium hereditate qui ex caſtrenſibus fuerat inſtitutus: Adeò vt ſolo eo iure inſpecto dubitandum non ſit,quin ius etiam adcreſcendi locum habere deberet in perſona Titij,nec minùs in militis quàm in alterius teſtatoris cuiuſlibet hereditate.At vt in propoſita ſpecie poſt aditam quoque à Titio caſtrenſem hereditatem ex teſtamento militis,nihilominùs inteſtati ſucceſſio locum habeat in bonis paganicis, fit ex conſtitutionibus Imperatorum quæ legem duodecim tabularū ſecutæ ſunt, longo temporum interuallo,& diuiſionem illam patrimoniorum, ac diuerſitatem hereditatum induxerunt *d.l.heredes 25.§.1.famil.erciſc.*Poſt quas conſtitutiones,cœperunt milites teſtari,adeóque factionem habere teſtamenti, non iam à lege duodecim tabularum vt cæteri ciues Romani ex verbis illis generalibus *Paterfamilias vti ſua rei legaßit, ita ius eſto l. verbis legis* 120. *De verb.ſignific.* quàm ex ipſis conſtitutionibus quæ militibus teſtandi quomodocunque velint & quomodocunque poſſint facultatem dederunt *l. 1. l. Diuus Traianus* 24.*& paß.D.de teſtam.milit.l.3.& l.milites* 15.*C.eod.*Proinde quāuis apud Papinianum negari non poſſit quin bona defuncti militis non caſtrenſia repudiante Sempronio deferantur iure inteſtati. Fatendum tamen eſt vt non ideo hereditatem militis vllam poſſe intelligi in bonis illis non caſtrenſibus.Non enim hereditas eſſe poteſt, quin vel teſtamentaria dicenda ſit vel legitima,quæ ſumma hereditatum omnium diuiſio eſt *l.1. D.de hered.petit.l.lege obuenire* 130.*De verb.ſignific.*Atqui hæc qua de agimus licèt ab initio delata fuerit Sempronio ex teſtamento, & ideo potuerit dici teſtamentaria,poſtea tamen talis eſſe deſinit per repudiationem Sempronij, per quam fit vt quod ad bona illa paganica pertinet, teſtamentum militis deſtituatur. Nec idcirco tamen ex teſtamentaria poteſt fieri legitima cùm non ex lege duodecim tabularum,aut qua alia,ſed ex conſtitutionibus, quæ licèt non minorem quàm leges vim habeant, leges tamen non ſunt ſed ſupra leges, idcóque à legibus paſſim ſeparantur, totóque iure noſtro aliud eſt ſuccedere ex legibus, Aliud verò ex conſtitutionibus. Non igitur poſſit quis bene dicere in Papiniani ſpecie vllam eſſe militis hereditatem legitimam: Ac multò minùs, Patronum heredem liberti ſui defuncti legitimum eſſe poſſe.An verò ſaltem legitimorum bonorum poſſeſſorem?Ne hoc quidem, Teſtamentum enim à milite factum, & per Titij aditionem in bonis caſtrēſibus confirmatum impedit non ſolùm ne lex duodecim tabularum qua parte de ſucceſſione inteſtati locuta eſt poſſit vllo modo ſe interponere,ſed etiā ne poſſit fieri locus bonorum poſſeſſioni quæ ab inteſtato defertur à Pretore ex capite Vnde legitimi. Neque enim aliis defertur illa, quàm qui vel ex lege duodecim tabularum vel ex qua alia, vel ex aliquo ſenatuſconſulto ad legitimam hereditatem vel ad bonorum poſſeſſionem vocantur *l.1.l.2.§.vlt. l.3.& paß.D.vnd.legit.*In quo numero eſſe nemo poteſt cùm miles ſiue de caſtrenſibus bonis tantùm, ſiue de toto patrimonio teſtatus heredem ex ſuo

Digitized by Google

teſtamento habet Titium in caſtrenſi hereditate. Reliquum igitur eſt, vt bona illa dici debeant, quomodo eleganter ac diſertè ſuo more Papinianus loquitur, non hereditas, & vt quamuis in bonis non caſtrenſibus ab inteſtato ſuccedatur, non tamen legitima vlla inteſtati ſucceſſio vel bonorum poſſeſſio ſit, ſed proprio quodam ac ſpeciali iure deferri eam à Prætore neceſſe ſit. Propter quam cauſam rectè Paulus quoque *in d. l. ſi quis duobus* 37. *D. de teſtam. milit.* ſic loquitur, vt dicat competere hoc caſu patrono ab inteſtato bonorum poſſeſſionem. Non dixit *legitimam*, aut melius *vnde legitimi* ſed *ab inteſtato*, nec *iure legitimo*, ſed *iure inteſtati* quod longè diuerſum eſt. Omnis quippe bonorum poſſeſſio, quę defertur ex capite, Vnde legitimi ab inteſtato eſt, ſed non viciſſim omnis bonorum poſſeſſio quæ ab inteſtato eſt, defertur ex illo edicti capite Vnde legitimi: vt neq; ex illo Vnde liberi, aut ex alio Vnde cognati. Quid ergo eſt? In patrono quidem res non habet dubitationem quin admittatur proprio quodam iure ex illa parte edicti qua ſpecialiter cauit Prætor de bonis & ſucceſſione libertorum. Patronis enim conſuluit prætor deferendo iis bonorum poſſeſſionem non ſolùm contra tabulas ſi fortè facto teſtamento præteriti eſſent, ſed etiam ab inteſtato ſi inteſtatos eos mori contingeret, quia lex duodecim tabularum plus æquo fauerat patronis, vocando eos ad legitimam liberti hereditatem, ſi modò is abſq; ſuo herede defunctus eſſet, tametſi liberos emācipatos reliquiſſe proponeretur. Quemadmodum è contrario minùs iis fauebat, quàm oporteret, in eo, quòd ſuos heredes quoſlibet, id eſt etiam adoptiuos patrono præferebat, atque ita in liberti poteſtate relinquebat vt adoptionis commento patronum à quo tātum beneficium acceperat, omnino excluderet, quod apertè iniquum erat vt ratiocinatur Iuſtin. *in dict. tit. De ſucceſſ. libert.* Propter quas cauſas ſic legem duodecim tabularum temperari æquum fuit, vt vna ex parte ius patroni à prætore augeretur, ex altera verò minueretur, Propoſito in eam rem proprio ac ſpeciali edicto ad deferendam patrono bonorum dimidiæ partis poſſeſſionem contra tabulas liberti eo caſu quo libertus vel nullos vel non niſi exheredatos liberos reliquiſſet, Aut ab inteſtato aſſis totius ſi teſtamentum nullum factum probaretur. Quamquam non nego potuiſſe patronum tanquam legitimum petere bonorum illam poſſeſſionem ab inteſtato & ex capite Vnde legitimi, ſed eo demùm caſu quo lex 12. tab. locum haberet, ac totorum bonorum illa poſſeſſio eſſet, vt Iulianus loquitur *in l. ſi libertus* 23. *hoc eod. tit.* Sed hoc contendo, ſi quando eueniat, vt pro parte teſtatus libertus, & pro parte inteſtatus decedat, quod euenit in liberto milite qui in caſtrenſibus bonis heredem inſtituit Titium à quo ſit adita hereditas, & in paganicis Sempronium, qui hereditatem adire noluerit, Non poſſe vllam liberti huius legitimam hereditatem intelligi: Quod neque dici poſſit hereditas quæ non vniuerſa bona complectatur, neque legitima quæ nec ex duodecim tabulis, nec alia vlla ex lege deferatur, ſed tantum ex conſtitutionibus, quæ ideò non de hereditate locutæ videntur ſed de bonis duntaxat, & de patrimonio militis vt coniicere licet *ex d. l. heredes* 25. §. 1. *famil. erciſc. & d. l. ſi miles* 6. *D. de teſtam. milit.* & ex hoc ipſo §. quem nunc tractamus. Et conſequenter dico non poſſe hoc caſu admitti patronum tanquam legitimum ad bonorum poſſeſſionem ab inteſtato & ex capite Vnde legitimi, ſed neceſſarium ei eſſe auxilium prætoris ex edicto illo De bonis & ſucceſſione libertorum; Ex quo poſſet etiā petere bonorum poſſeſſionē ſi vellet illo quoque caſu

Digitized by Google

caſu quo diximus admittendum eum eſſe vt legitimum, id eſt quo poſſit dicere ſe vocatum ad ſucceſſionem liberti ex lege duodecim tabularum, quod contingit quoties libertus vel ab initio, vel ex poſtfacto decedit inteſtatus in totum, nullis ſuis heredibus, neque adoptiuis, neq; naturalibus relictis, vt in ſpecie *d.l.ſi libertus.* Nihil enim vetat in eodem caſu competere bonorum poſſeſſionem etiam ab inteſtato ex pluribus partibus edicti, Vt apparet ex *l. generaliter 3. D. vnd. legit.*

ERROR TERTIVS.

Quo iure ſuccedatur ingenuo militi pro qua parte deceſſit inteſtatus.

AT difficilius eſt ſi in milite non liberto talis ſpecies contingeret vt heredem ex teſtamento haberet Titium in bonis caſtrenſibus, in paganicis verò nullum, ita vt dubitari nō poſſet quin deceſſiſſet inteſtatus quantum ad bona paganica, quonam demum iure poſſet ab inteſtato in paganicis militi ſuccedere is, qui tùm proximior agnatus inueniretur. Si enim verum eſt quod diximus non poſſe hoc caſu legitimam militis hereditatem vindicari ex lege 12. tab. quæ ſcilicet nullam pro parte legitimam hereditatem agnoſcit, neque bonorum poſſeſſionem peti ex capite edicti Prætoris Vnde legitimi, quia bonorum illa poſſeſſio non alij competit, quàm qui vel ex lege aliqua vel ex ſenatuſconſulto vindicare hereditatem iure ciuili poſſet *l. 2. §. vlt. eod. tit. Vnd. legit.* Nec denique aliam bonorum poſſeſſionem agnoſci ex edicto, De bonis libertorum, quia miles libertus non fuiſſet, difficile ſanè eſt dicere. Quo igitur iure in bonis illis paganicis ab inteſtato ſuccedere proximus agnatus poſſit. Eademq; dubitatio erit, ſi ponas militem nō ſeparaſſe in inſtitutione bona caſtrēſia à paganicis, ſed tantùm duos ex ſemiſſibus eiuſdem aſſis heredes inſtituiſſe, quorū alter adierit, alter repudiauerit, vt in ſpecie *d.l. ſi duobus 37. D. de teſtam. milit.* Niſi quòd lex illa de milite liberto loquitur. Nos de ingenuo nunc tractamus. Non enim conſtitutiones diuidunt omni caſu patrimonium militis in tot hereditates, quot ſunt heredes, ſed eo tantùm caſu quo & teſtatus ille ſit, & teſtamēto ſuo caſtrenſia bona à paganicis diſtinxerit & ex teſtamento vtraque hereditas adeatur *d.l. heredes. §. 1. l. ſi certarum 17. in princ.* iunct. *§. 1. D. de teſtam. milit.* Exiſtimo poſſe reſponderi, Dandam hoc caſu à Prætore bonorum poſſeſſionem ex capite illo edicti quo ex legibus, & ſenatuſconſultis eam ſe daturū pollicetur *l. vnic. D. vt ex legib. & ſenatuſc. bonor. poſſeſſ. det.* Etſi enim verba edicti non niſi de legibus, & ſenatuſconſultis loquuntur, Quidni tamen perinde locum habeant ſi quando ex conſtitutionibus bonorum poſſeſſio deferatur? Nec enim cōſtitutiones minorem vim habent, quàm leges & ſenatuſconſulta, licèt neq; leges, neque ſenatuſconſulta ſint, ſed tantò maiorem quòd ſunt & ſupra leges & ſupra ſenatuſconſulta: Nec proinde minùs æquum eſt Prætorem ſubſequi Principum & conſtitutionum Principalium quàm legum voluntatem *l. necnon 28. §. quoad eius D. ex quib. cauſ. maior. l. cùm ſponſus 12. §. ſi res D. de Public. in rem act.* Eiuſq; bonorum poſſeſſionis exemplum elegans eſt à nobis aliàs non ſemel allatū & explicatum *ex l. poſthumus 12. D. de iniuſt. rupt. & irrit. fact. teſtam.* Dices fortaſſe

Admiſſo etiam eo vt ex illa parte edicti danda ſit bonorum poſſeſſio ex cõſtitutionibus perinde atque ex legibus,& ſenatuſconſultis, Non aliter tamen poſſe competere quàm ſi ex conſtitutione aliqua nominatim bonorum poſſeſſio deferatur, vt diſertè ſcriptum eſt *in d. l. vnic. in fin. ill. tit. vt ex legib. & ſenatuſc. bon. or. poſſ. det.* Porrò nullibi ſcriptum eſſe, quòd principalibus conſtitutionibus circa militum teſtamenta factis cautum ſit, vt ſi miles pro parte teſtatus,& pro parte inteſtatus decederet, bonorum poſſeſſionem ab inteſtato dare Prætor deberet. Verùm facilis reſponſio eſt, Ex eo quòd huiuſmodi conſtitutiones inteſtati militis non hereditatem ſed bona deferunt, quemadmodum Papinianus loquitur in hoc §. apparere ſatis deferri per eas bonorum poſſeſſionem. Bona enim quæ nec iure hereditario, nec iure peculij deferuntur, quomodo poſſent deferri, niſi delata bonorum poſſeſſione? Addidi *nec iure peculij*, vt excludam eum caſum quo agatur de filijsfamilias militis inteſtati ſucceſſione: Nam ſi filiusfamilias miles teſtatus ſit de caſtrẽſi peculio, quod pro ſuo iure facere ex conſtitutionibus poteſt, habet vtique & hereditatem & heredem teſtamentarium, ſi modò adire ſcriptus heres velit: Sed ſi inteſtatus moriatur, neque hereditatem vllam habet, neque heredem, quamuis habeat ſucceſſorem patrem occupantem bona filij omnia nõ petita vlla bonorum poſſeſſione, ſed iure peculij *l.1. & 2. D. de caſtrenſ. pecul. l. filiusfamilias* 18. *D. ad leg. falcid.* Cæterùm vel ex eo maximè probatur, quod nos volumus, Non eſſe nouum, vt cuius hereditas verè eſt ex teſtamento, nulla tamen ſit ab inteſtato, ac proinde vt ab inteſtato neceſſaria ſit bonorum poſſeſſio quæ non eſt neceſſaria ex teſtamento. Nihil autem intereſſe an dicamus Militis inteſtati bona deferri ex cõſtitutionibus, Aut deferri bonorum poſſeſſionem ab inteſtato, apparet non obſcurè ex coniunctione reſponſorum Papiniani in hoc §. & Pauli *in dict. l. ſi duobus.* Nam quod Papinianus in hoc §. ſcribit militis inteſtati bona patrono deferri, Paulus *in d. l. ſi duobus*, ſic effert vt dicat cõpetere patrono ab inteſtato bonorum poſſeſſionem. Eaq; interpretatio ſemper & neceſſariò capienda eſt quoties de bonis per legem aut conſtitutionem aliquam, aut per Senatuſconſultum delatis agitur, niſi ſi quando bona tanquam vacantia, vel caduca fiſco deferantur vt *in l. vlt. D. de ſucceſſ. edict.* aut fiſco vindicentur, cuiuſmodi ea ſunt, quæ indignis aufferuntur, *Ex tot tit. De his quæ vt indign.* Ius enim fiſci potentius eſt quàm vt egeat auxilio Prętoris, quo vtique priuati indigent ad ſuccedendum, quoties hereditatẽ ſibi acquirere iure ciuili non poſſunt. Nulla enim ſucceſſio in toto iure noſtro eſt, quam non ſit neceſſe vel ciuilem eſſe vel prætoriam, ſi excipias ſucceſſionem quæ fit per arrogationem, de qua Iuſtin. *in tit. De acquiſit. per adrogat.* & illam quæ à Diuo Marco inducta eſt tuendarum libertatum cauſa de qua apud eundem Iuſtin. *in tit. ſeq. De eo cui libert. cauſ. bon. addic.* quamquam hæc ipſa ciuilis eſt cùm ſit ex Imperatoris conſtitutione. Denique hic caſus de quo tractamus addendus eſt cæteris in quibus alibi ſcripſimus etiamnum eſſe neceſſarium vſum bonorum poſſeſſionis, manca ſcilicet iuris ciuilis & legitimi poteſtate. Sed pergamus ad reliquam Papiniani reſponſi interpretationem.

***

ERROR

Digitized by Google

ERROR QVARTVS.

De Papiniani ſententia in verſic. Titius igitur d. §. 1. l. filius 42. de bon. libert.

HIc verſiculus eſt, qui non tantùm Accurſio quod minùs mirandum eſſet, verùm etiam Iacobo Cuiacio in ſuis ad Papiniani quæſtiones Commentariis plus difficultatis habere viſus eſt, & in quo explicando ſi non erro ego, vterque ipſorum errauit. Papinianus igitur poſtquàm ſcripſit quod nos in præcedentibus explicauimus, Adita per Titium hereditate caſtrenſi, & repudiata per Sempronium inſtitutione bonorum paganicorum, deferri patrono iure inteſtati bona illa paganica, ſubiūgit, *Titius igitur heres non poterit inuitare manumiſſorem, cùm Titio nihil auferatur nec bonis cæteris quæ nondum ad cauſam teſtamenti pertinent.* Quæ verba ſic Accurſius & Cuiacius acceperunt, quaſi referenda ſint ad caſum poſterioris quæſtionis, quo Sempronius in paganicis inſtitutus omiſerit, & repudiauerit hereditatem. Et hic primus error vtriuſque eſt. Nam præter id quòd dictio *igitur* non minùs Papiniano quàm cæteris prudentibus familiaris quoties poſt interiectā diſputationem aliquam redeunt ad priùs propoſitam quæſtionem, oſtendit ſatis reuerti Papinianū ad priorem ſpeciem quæ erat de patrono volente contra tabulas liberti petere bonorum poſſeſſionem ſtatim poſt aditionem Titij, non expectata Sempronij aditione vel repudiatione, Apparet etiam id manifeſtiùs ex dictione *nondum* poſita in illis verbis, *quæ nondum ad cauſam teſtamenti pertinent.* Nam ſi eum caſum tractaret Papinianus, quo iam omiſſa & repudiata eſſet à Sempronio hereditas, non erat cur diceret ad cauſam teſtamenti nondum pertinere bona paganica, quæ pertinere amplius nunquam poſſent, neque quod ad perſonam Titij, qui in ſolis caſtrenſibus ita fuerat inſtitutus vt nullum ius adcreſcendi ſperare in paganicis poſſet, neque quod ad perſonam Sempronij qui ab adeunda hereditate quam ſemel repudiauerat, in perpetuum excluſus erat. Sed quia in propoſita ſpecie ſolus Titius adierat, Sempronius verò necdum adierat, nec repudiauerat, bene Papinianus vt id comprobet quod priùs dixerat, Nondum poſſe patronum petere bonorum poſſeſſionem contra tabulas, rationem congruam ſubiungit, quòd bona paganica de quibus ſolis dubitari & quæri poterat, nondum ad cauſam teſtamenti pertinerent. In eo quidem erant vt pertinere poſſent, nimirum ſi contingeret adiri hereditatem à Sempronio, qui tamdiu poterat adire, quamdiu nec repudiatione, nec tempore excluſus eſſet *leg. ſi curatoris 9. C. de iur. deliber.* Sed tamen nondum pertinebant, quia in eo quoque erant vt poſſent numquam pertinere, ſcilicet ſi Sempronius delatam ſibi eorum bonorum hereditatem repudiare mallet quàm adire. Porrò ad excludendam interim bonorum poſſeſſionem contra tabulas, ſufficiebat quòd nondum ad cauſam teſtamenti pertinerent, licèt adhuc pertinere quandoque poſſent. Nam cùm bonorum poſſeſſio contra tabulas vna ſit ex iis duabus per quas ſuccedıtur ex teſtamento vt Iuſtinianus noſter ſcribit *in titul. De bonorum poſſeſſion.*

Digitized by Google

Nempe quoniam is qui petit contra tabulas & rumpendo ſuccedit, & ſuccedendo rumpit, prius eſt vt bona quæ per eam poſſeſſionem auocare quis velit, ad cauſam teſtamenti pertineant, quàm vt eorum nomine bonorum poſſeſſio contra tabulas peti poſſit. Senſus igitur Papiniani eſt, Titium heredem ſcriptum in caſtrenſibus non poſſe inuitare manumiſſorem, id eſt aperire viam ei petendæ bonorum poſſeſſionis contra tabulas liberti, quamuis adierit ipſe caſtrenſem hereditatem ex teſtamento, quoniam aditio illa non facit vt quicquam ſit quod per bonorum illam poſſeſſionem patronus auferre poſſit, neque Titio qui nec habet nec habere poteſt ex eo teſtamento alia bona, quàm caſtrenſia, quæ bonorum poſſeſſioni contra tabulas numquam ſunt obnoxia, neque bonis cæteris, id eſt paganicis ex quibus fuerat ſcriptus heres Sempronius, quia nondum ad teſtamenti cauſam illa pertinent. Cùm autem nihil ſit quod hanc noſtram interpretationem magis adiuuet, quàm propria ſignificatio dictionis *nondum*, tantò magis mirãdum eſt, & Accurſium & Cuiacium, quaſi id conſultò egerint, ne Papiniani ſententiam aſſequi poſſent interpretatos eſſe *nondum* pro *non*. Nullo certè exemplo. Etſi enim *non* pro *nondum* quibuſdam iuris locis vſurpatum legimus vt *in l.2. D. ſi pars hered. petat. l. ſi filius 16. D. de liber. & poſthum.* Contrà tamē *nondum* pro *non* ſcriptum eſſe nullibi reperias. Feſellit vtrumque quod putarunt, vt diximus, hunc verſic. ad eum caſum pertinere quem Papinianus proximè tractauerat, omiſſæ per Sempronium hereditatis. Cùm tamen redeat Papinianus ad priorem ſpeciem de qua erat quæſtio propoſita, id eſt de Sempronio adhuc deliberante aut ſibi delatam bonorum paganicorum hereditatem ignorante. Sed Accurſium feſellit etiam vulgata lectio duobus locis corrupta. Primùm in verbis illis *adita eſt à Titio hereditas*. Sic enim vulgati codices habent *ab inteſtato adita eſt à Titio hereditas*. Quaſi Titius in caſtrenſibus bonis inſtitutus, etiam agnatus proximus fuerit vt defuncti liberti hereditatem potuerit adire ab inteſtato. Vnde etiam eſt, quod in illis ſequentibus *Titius igitur heres* putat Accurſius tractari de bonis paganicis quę Titius poſſideat tanquam legitimus heres & ab inteſtato. Quod eſt ridiculum: Nam ſi poneres Titium adiiſſe caſtrenſium bonorum hereditatem ab inteſtato, ſiue deliberante adhuc Sempronio de paganicorum hereditate vel adeunda vel repudianda, ſiue poſt factam ab eo repudiationem, Quęnam obſecro dubitandi cauſa eſſe poſſet propter quam videretur admittendus patronus ad bonorum poſſeſſionem contra tabulas liberti, quaſi inuitatus per aditionem ab inteſtato factam à Titio? An fortè quiſquam eſt qui ſuſpicari poſſit ſolam hereditatis aditionem ſufficere poſſe vt fiat locus bonorum poſſeſſioni contra tabulas? Aut qui neſciat illud omnimodo requiri vt hereditas adita ſit ex teſtamento priùs quàm patrono ea bonorum poſſeſſio competat? Rurſus ſi ponas Titium adiiſſe liberti hereditatem ab inteſtato, conſequens ſtatim fiet vt repudiante ſuam inſtitutionem Sempronio bona paganica debeant adcreſcere Titio etiam inuito, quia certum eſt in militis perinde ac in alterius cuiuſlibet legitima hereditate ius adcreſcendi poſſe locum habere, nec de militis voluntate, aut de iure ſingulari pro militibus conſtituto quærendum quicquam eſſe. Etſi enim miles qui in totum deceſſit inteſtatus duplicis generis bona reliquerit caſtrenſia & paganica, non ideò tamen videri poteſt duas reliquiſſe hereditates, cùm diuiſio illa patrimoniorum in totidem hereditates facta ſit ex conſtitutionibus

in

Digitized by Google

in caſum teſtati duntaxat non etiam in caſum inteſtati. Denique interiecta illa & à Papiniano incidenter propoſita quæſtio, De Sempronio paganicam hereditatem ex qua ſcriptus erat omittente, quid haberet dubij, ſi Titius hereditatem caſtrenſem non niſi ab inteſtato adiiſſe proponeretur? Cui enim alij quàm Titio poſſent adcreſcere bona paganica per Sempronij repudiationem? & quo iure niſi inteſtati? Atqui Papinianus cùm ait quæſtionem hanc interuenire, oſtendit ſatis non carere illam dubitatione, Dubitationem porrò in eo eſſe, quòd videbatur deficiens portio Sempronij debere ex teſtamento adcreſcere Titio, qui adita iam ex teſtamento caſtrenſium hereditate adeò teſtamentũ confirmauerat, vt libertus exitum inteſtati facere ampliùs in totum non poſſet. Et tamen concludit Papinianus bona paganica inteſtati iure deferri, patrono ſcilicet vt ſuprà explicauimus, non Titio quem lex neque agnatum eſſe ponit, neque aliquem ex iis qui ab inteſtato ſuccedere poſſint, quod tamen minimè omnium erat prætermittendum ſi de legitima ſucceſſione illi deferenda Papinianus ſenſiſſet, Multoq; veriſimilius eſt quod Cuiacius putat fuiſſe Titium hunc commilitonem teſtatoris, Quamquam ne id quidem neceſſe eſt, vt ſequenti capite dicemus. Alterum vulgatæ lectionis mendum quod æquè Accurſium fefellit, grauius eſt in iis verbis *Titius igitur heres non poterit inuitare manumiſſorem.* Habet enim vulgata lectio *euitare* pro eo quod Pand. Florent. *inuitare*. Quorum verborũ ſicuti prorſus cõtraria ſignificatio eſt, ita & Accurſij interpretationem neceſſe fuit cum Papiniani ſententia pugnare. Sic namque Papinianum Accurſius explicat vt Titius heres caſtrenſium ſi tanquam ab inteſtato poſſideat bona paganica non poſſit euitare manumiſſorem, id eſt effugere quominùs conueniatur à manumiſſore ſiue per bonorum poſſeſſionem Vnde legitimi, ſiue per poſſeſſorium hereditatis petitionem vt paganica bona ei reſtituat non tamen caſtrẽſia. Quaſi verò caſtrenſium bonorum priuilegium aliquod eſſe poſſit in perſona illius qui cùm ex caſtrenſibus inſtitutus eſſet, maluit ab inteſtato adire hereditatem, Aut quaſi tractari poſſit de bonorum poſſeſſione contra tabulas, cùm hereditas ab inteſtato poſſidetur. Quare nec huic interpretationi conuenire poteſt ratio quæ ſequitur apud Papinianum *cùm Titio nihil auferatur* nec ſi addas eiuſdẽ Accurſij notam ſupplentẽ *ex bonis ſcilicet Caſtrenſibus*, Non ſolùm quia Papiniani verba generalia generaliter quoque ſic accipienda ſunt vt Titio nihil penitus auferatur, id eſt non magis ex paganicis bonis quàm ex caſtrenſibus cùm in ſolis caſtrenſibus ſcriptus eſſet, Verum etiam quia quod nihil aufertur Titio ex caſtrenſibus, non fit propter priuilegium bonorum caſtrenſium quod hoc caſu, vt diximus, nullum eſt, ſed potiùs quoniam bonorum poſſeſſio contra tabulas de qua ſola Papinianus tractat, nunquam datur contra eum qui ab inteſtato poſſidet hereditatem, Præſertim patrono cui nec aliter competit in bona liberti, quàm ſi hereditas liberti adita ſit ex teſtamento, & quidem quantum ad illa bona quæ per bonorum poſſeſſionem contra tabulas peti poſſint. Quod verò ſequitur apud Papinianum *nec bonis cæteris* oſtendit ſatis eum caſum tractari quo cætera bona non ad Titium ſed ad quem alium pertineant. Alioqui etiam Titio aufferretur quod ex paganicis aufferretur, ſi Titius etiam paganica poſſideret. Et tamen ponit iſta Papinianus tanquam diuerſa *cùm Titio*, inquit, *nihil auferatur*, *nec bonis cæteris*.

Qua de cauſa fortaſſis factum eſt vt hoc quoque loco vulgaris lectio corrupta ſit quæ habet *cùm Titio nihil auferatur in bonis cæteris.* Omnino malè. Eſſet enim manca & mutila ratio per quam probandum fuit non competere hoc caſu bonorum poſſeſſionem contra tabulas liberti. Nam cùm teſtator duplicis generis bona reliquiſſet, caſtrenſia quædam, & paganica altera, non aliter probari potuit bonorum poſſeſſionem contra tabulas liberti hoc caſu dari non poſſe, quàm ſi probaretur neque in bona caſtrenſia poſſe illam competere, quamuis ex teſtamento adita eſſet caſtrenſis hereditas, neque in bona paganica quamdiu Sempronius paganicam hereditatem non adiiſſet. Prius tamē non magna indigebat probatione, cùm notiſſimi iuris eſſet bonorum poſſeſſionem contra tabulas nunquā dari in militis teſtati bona caſtrenſia, ideóque ſatis fuit Papiniano hac parte ita ſcribere *cùm Titio nihil auferatur.* Nā & ipſa quæſtio propoſita hoc ipſum ſupponit pro vero. At poſterius tanquam difficilius probandum fuit. Probatúrque ratione illa quæ ſequitur in fine §. & quę iā à nobis explicata eſt, quod bona cætera, id eſt non caſtrenſia, nondum pertineant ad cauſam teſtamenti quandiu nondum adita eſt à Sempronio hereditas ex teſtamento, licèt quod attinet ad caſtrenſia iā confirmatum ſit liberti teſtamentum per aditionem Titij. Atque hæc quidem ſufficiāt aduerſus interpretationem Accurſij, cui ſanè ignoſcendum potiùs & miſerendum, quàm ſuccenſendum eſt, qui in loci tam corrupti interpretatione laborauit. Sed illud mirādū magis, quòd vir doctiſſimus Iacobus Cuiacius feliciore natus ſeculo, & Florentinæ lectionis authoritate adiutus, Papiniani tamen ſententiā non fuerit aſſecutus, nec animaduerterit Papinianum *in dict. verſic. Titius igitur*, redire ad priorem quæſtionem, poſt finitam illam quam dixerat interuenire, & quæ licèt poſteriore loco propoſita, attamen tanquam antecedens, & à qua prior pendebat priùs decidenda fuit, hoc eſt poſt priorem quidem propoſitam, ſed ante ipſam deciſam. Alioqui non tāquam interueniens, & interpoſita, ſed tāquam ſubſequens quæſtio tractari, nec inſeri, ſed ſubiici debuiſſet Et verò poſtquàm Papinianus dixerat, Omittēte inſtitutionē ſuā Sēpronio, bona paganica deferri iure inteſtati patrono, fieri ſanè non poterat vt ſubiiceret niſi perabſurdè quod ſequitur *in verſ. Titius igitur*, non inuitari eo caſu patronū per aditionem Titij ad petēdā cōtra liberti tabulas bonorum poſſeſſionem. Tam enim id certum erat, quàm certum eſt bonorum poſſeſſioni contra tabulas nullum eſſe locum poſſe in bona caſtrenſia, neque rurſum ab inteſtato, & aduerſus legitimum inteſtati ſucceſſorem. Sed & in eo videtur erraſſe Cuiacius, quod *ex d. l. 1. C. de teſtam. milit.* addit duas illas exceptiones ad Papinianum quę ponuntur *in d. l. 1.* ſi nō Titius Sempronio ſubſtitutus ſit: Aut niſi probetur voluiſſe libertus miles vt bona paganica repudiante Sempronio ad Titium peruenirent. Nec enim iſta ſufficerent ad inuitandum manumiſſorem ad bonorum poſſeſſionem cōtra tabulas liberti, niſi etiam illud concurreret, vt Titius omiſſam delatámque Sempronij portionem ad ſe pertinere vellet, eámque agnoſceret: cùm neceſſe ſit aditam eſſe hereditatem petitámq; bonorū poſſeſſionē ab herede ſcripto priuſquàm poſſit patronus petere cōtra tabulas. Aliáque eſt ſpecies quæ ſupradictas exceptiones duas admittit *in d. l. 1.* in qua ſcilicet non de bonorū poſſeſſione cōtra tabulas agitur, ſed de adereſcēdi iure, quod habere volebat heres inſtitutus in paganicis, cū alius heres inſtitutus in caſtrēſibus hereditatē repudiaſſet, & cui nihil aliud obſtabat, niſi ꝙ de militis teſtamento

agebatur

Digitized by Google

agebatur,in quo regulariter nõ eſt locus iuri adcreſcẽdi preterquàm duobus illis caſibus,Si alter alteri ſubſtitutus ſit,Aut ſi ea militis voluntas fuiſſe probetur vt iuri adcreſcendi potiùs quàm ſucceſſioni inteſtati locus eſſet, quemadmodum in ſuperioribus explicauimus.

ERROR QVINTVS.

De ſententia varijsq́; interpretationibus l.2.C.de teſtam.milit.

HABET lex duas partes. Prior ponit inſtitutum à milite cõmilitonem in bonis tantummodò caſtrenſibus,Poſterior verò loquitur de extraneo herede ſcripto, ſed ita vt non aperiat an in caſtrenſibus tantùm ſcriptus ille ſit,an in ſolis paganicis, an in vtriſque, An deniq; ſimpliciter & indiſtinctè. Hinc variæ planéq; diſcrepantes noſtrorum ad hunc locum interpretationes. Prima eſt,Multùm referre,an in caſtrenſibus tantùm inſtitutus ſit à milite commilito,an extraneus.Priore caſu inſtitutionem factam in caſtrenſibus bonis nõ trahi ad paganica. Poſteriore verò caſu,trahi, quaſi priore caſu miles videatur iure proprio ac militari inſtitutionem facere voluiſſe.Poſteriore autem, iure potiùs communi.Cui interpretationi fauet antitheſis illa quę eſt in verbis legis.Prior enim pars diſertè loquitur de commilitone inſtituto, Poſterior de extraneo.Item quòd ex qualitate perſonæ inſtitutæ poſſit non obſcurè coniici voluntas teſtatoris,vt ea tantùm quæ in caſtris quęſiit commilitoni in ſolis caſtrenſibus inſtituto reliquiſſe intelligatur, Quæ præſumptio nõ ſimiliter capi poteſt inſtituto extraneo. Neque ab hac interpretatione videtur abhorrere vir doctiſſimus Iacobus Cuiacius ad illum Papiniani locum, de quo ſuprà diximus: Cùm probat laudatq; eos qui apud Papinianum adiecerunt verbum *commilitonem* quod eſt,inquit,*in l.2.C. de teſtam. milit.* Non alia de cauſa vt arbitror, quàm quia ibi Papinianus reſpondeat illud ipſum, quod reſcribitur in prima huius legis parte, Inſtitutionem factam in bonis caſtrenſibus, ad paganica trahi non oportere. Secunda interpretatio eſt, Nihil quidem referre an commilito, an extraneus à milite inſtitutus ſit, ſed tantùm diſtinguendum eſſe, an in caſtrenſibus inſtitutus ſit an in paganicis, vt ſcilicet bonorum caſtrenſium inſtitutio nunquã ad ſe trahat paganica, At paganicorũ trahat caſtrẽſia.Et ratio huius diſſimilitudinis illa affertur, quòd ſpecialis bonorum caſtrenſium facta mentio coniecturã præbeat veriſimilẽ, Teſtari militẽ voluiſſe ex priuilegio militari,ex quo fit inter cætera vt poſſit miles decedere teſtatus pro parte,& pro parte inteſtatus, quod non perinde ſuſpicari quis poſſit facta mẽtione paganicorũ.Quidni enim potiùs credatur miles tãquã paganus teſtari voluiſſe,cùm de paganicis ſolis teſtatus fuit?Atqui nõ nocet in pagani teſtamẽto facta mẽtio certæ rei,aut certi generis bonorũ,quominùs in vniuerſo patrimonio,& ex toto aſſe ſcriptus heres exiſtimetur.Ergo nec eò minùs inſtitutio facta in bonis paganicis trahetur ad caſtrẽſia ꝙ à milite facta ſit.Tertia interpretatio eſt,ſiue caſtrenſiũ tantũmodò ſiue paganicorũ bonorũ heres ſcriptus ſit,& ſiue cõmilito,ſiue extraneus dũmodò à milite adhuc militãte (aliud enim reſpõdendũ eſſet in veterano) nõ trahi inſtitutionẽ bonorũ caſtrẽſiũ ad paganica,neq; paganicorũ ad caſtrẽſia,

Digitized by Google

Sed vtroque caſu heredem inſtitutum ea tummodò habere bona,ex quibus inſtitutus eſt, in cæteris de quibus miles ſpecialiter non diſpoſuit ſuccedere legitimum heredem ab inteſtato. At ſi inſtitutio non certorum bonorũ facta ſit,puta caſtrenſium,aut paganicorum,ſed ſimpliciter, eo caſu ſuccedi ex teſtamento in bonis omnibus. Propterea quòd ſimpliciter facta inſtitutio etiam à milite trahenda ſit ad omnia militis bona, haud aliter quàm ſi de teſtamento & hereditate pagani ageretur. Atque ita Salycetus ad hanc legem expreſſim tradit. Quarta & poſtrema interpretatio fuit Baldi,hoc vnum ſibi velle Imperatorem, Vt vna inſtitutio non trahat aliam ad ſe,cùm ambo heredes ſunt æquè principales,quod contingit eo demum caſu quo vnus ex heredibus inſtitutus ſit in bonis paganicis,alius verò in caſtrenſibus, licet Baldus non explicet. Alioqui ſi teſtator vel de ſolis caſtrenſibus,vel de ſolis paganicis diſpoſuerit, non poſſunt videri duæ inſtitutiones nec duo heredes æquè principales,cùm vna tantùm ſit,nec ideò cætera bona de quibus teſtator non diſpoſuit ad legitimum inteſtati ſucceſſorem pertineant quaſi miles in his tacitè illum inſtituiſſe videatur, quomodo dicere ſolemus in pagano *l.3. in princip. l. conficiuntur 8. D. de iur. codicill. l. ab exheredatis 126. de l gat.1.* Sed quia ceſſante expreſſa militis diſpoſitione,lex ita diſponit. Mihi nulla ex omnibus interpretationibus iuris rationi conuenire videtur, nec verbis legis. Non prima, quoniam etſi lex ponit & commilitonem heredem inſtitutum eſſe & in bonis tantummodo caſtrenſibus, Non tamen ratione *illa* factum id videri debet quod aliud reſcripturus fuerit Imperator ſi vel extraneus inſtitutus, vel in bonis paganicis facta inſtitutio fuiſſet, ſed quia ex facto ita contigerat. Nam ſi poneres à milite ſcriptum extraneum in bonis tãtummodo paganicis, idem haud dubiè obtineret, vt paganica duntaxat haberet ſcriptus heres. Cætera verò bona omnia id eſt caſtrenſia ad legitimum inteſtati ſucceſſorem pertinerent. In omnibus enim militaribus teſtamentis ita ius eſt, vt qui ex certa re inſtitutus fuit, aut in certo genere bonorum, nihil aliud ex teſtamento conſequi poſſit,nec proprio nec adcreſcẽdi iure,nulla hac parte facta diſtinctione bonorum paganicorum aut caſtrenſium, vt probauimus in præcedentibus *ex lege ſi miles 6. & l. ſi duobus 37. D. eodem titulo.* Nec rurſus exiſtimandum eſt huius legis rationem petendam eſſe ex dictione *tantummodò*. Nam quod lex ponit commilitonem in caſtrenſibus tantummodò inſtitutum, non ita accipiendum eſt quaſi teſtator in commilitone inſtituendo ex bonis caſtrenſibus dictionem illam *tantummodo* adiecerit, concepta inſtitutione in hunc modum: *Titius commilito meus in bonis tantummodò caſtrenſibus heres mihi eſto.* Sed Imperatorum verbum illud eſt ſignificantium ſic teſtatum militem vt non in aliis bonis, quàm in caſtrenſibus commilitonem ſuum heredem ſcripſerit. Nihil enim diſtat an miles ita dixerit *Titius in bonis tantummodò caſtrenſibus heres eſto*, an ita, *Titius in bonis caſtrenſibus heres eſto*,cùm ſemper in iis tantummodò ſcriptus eſſe intelligatur de quibus ſolis teſtator locutus eſt, ſicuti nec quicquam refert an Titius ille commilito ſit teſtatoris,an extraneus. Nam neque extraneus in caſtrenſibus ſolis inſtitutus alia bona eſſet habiturus quàm caſtrenſia, non magis quàm commilito teſtatoris. Secundam verò interpretationem quæ non extraneum à commilitone diſtinguit ſed bona paganica à caſtrenſibus, neque ratio,neque lex vlla comprobare poteſt. Non magis enim caſtrenſia, poſſunt acceſſoria eſſe paganicorum,quàm paganica caſtrenſium. Nec aliud

ſanè

ſanè reſcripſiſſet, Imperator etiamſi commilito in bonis paganicis ſcriptus fuiſſet, vt conſtat *ex l.1. eodem titu.* quæ eiuſdem Imperatoris eſt, & cuius tamen ſolius authoritate moti ſunt ij, qui hanc primùm diſtinctionem inuexerunt. Sic enim putarunt, Probari ex ea lege heredem à milite ſcriptum in bonis paganicis, poſſe ſuo iure petere caſtrenſia ſi hereditatem caſtrenſem heres in ea ſcriptus repudiauerit, niſi liquidò probetur militem noluiſſe caſtrenſia ad paganicorum heredẽ peruenire: Cùm è contrario Imperatorũ ſit ſentẽtia non eſſe in illa ſpecie locum iuri adcreſcendi, ſi nõ liquidò probetur teſtatorem bona quoque caſtrenſia ad paganicorum heredem pertinere voluiſſe. Neque verò ex bonorum differentia æſtimandũ eſt an miles teſtari voluerit iure militari an cõmuni, ſed ex ſollennitatibus iuris cõmunis vel obſeruatis, vel neglectis. Et quamuis de bonis paganicis ſpecialiter & tantũmodò teſtatus ſit, non etiã de caſtrenſibus. Nulla tamẽ cauſa eſt cur eò magis videri debeat teſtatus iure cõmuni, quin potiùs hoc ipſo credẽdus eſt teſtari voluiſſe iure militari, ſiquidẽ, vt diximus, eſt hoc vnũ nec poſtremũ ex priuilegiis militarib⁹, vt poſſit decedere pro parte teſtatus, & pro parte inteſtatus, quod pagano nõ ęquè permittitur, nec quòd etiã paganus certę rei heredem inſtituere põſſit ad rẽ facit. Nõ. n. valet eiuſmodi inſtitutio per paganũ facta tanquam facta in certa re, ne alioqui fatendũ ſit voluiſſe illum decedere pro parte inteſtatũ, atque ita teſtari contra leges, ſed quoniã mẽtio illa certæ rei habetur pro nõ adiecta, vt detracta fundi vel bonorum mentione inſtitutio valere poſſit tanquã facta ex aſſe *l.1. §. ſi ex fundo D. de hered. inſtit. l. quoties* 15. *C. eod.* Vnde fit vt qui à pagano inſtitutus eſt ex re certa, totã nihilominùs hereditatẽ obtineat, non etiam inſtitutus à milite, Nempe quia inſtitutio facta per militẽ ex re certa, valet ex priuilegio militari eo modo quo facta eſt: Facta verò à pagano nõ eo modo quo facta eſt, ſed quo fieri debuit, ídque per iuris interpretationẽ vt fauorabiliter adiuuetur & ſalua maneat inſtitutio quę alioqui nõ valeret *l. cum quidã* 19. *D. de libe. & poſthũ.* Quis porrò non credat eo potiùs modo teſtari voluiſſe mi i ẽ quo teſtari ſuo iure potuit, ita vt nullũ iuris auxiliũ habuerit implorandũ, quàm quomodo teſtari benè non potuit citra benignã iuris interpretationẽ? Credẽdus igitur eſt miles quoties heredẽ ex certa re inſtituit teſtari iure militari potiùs q̃ cõmuni voluiſſe. Iã verò quod ad tertiã interpretationẽ attinet, quãquã negari nõ poteſt quin ſit vera, fatendũ tamẽ eſt verbis legis nullo modo eã conuenire. Nã neque prior, neque poſterior pars legis loquitur de inſtitutione ſimpliciter facta, ſed prior, vt mox dicemus, de inſtitutione facta in bonis caſtrẽſibus, poſterior autẽ de illa quę facta ſit in bonis paganicis. Et certè parũ elegans eſſet legis ſentẽtia, quæ moneret inſtitutionem ſimpliciter factam etiam à milite trahi ad bona militis vniuerſa. Cũ dici nequeat quænã bona poſſet eiuſmodi inſtitutio cõprehendere, ſi non omnia comprehenderet. Sed fefellit Salycetum quòd poſterioris partis verba ſic habent: *Quòd ſi extraneum ſcripſit heredem*, nulla videlicet bonorum ſiue caſtrẽſium ſiue paganicorum ſubiecta mẽtione: Quaſi verò ex antitheſi prioris partis, quæ de bonorum tantummodò caſtrenſium inſtitutione loquitur, non ſatis appareat poſteriorem de illo extraneo herede accipiendã qui non ſimpliciter inſtitutus ſit, ſed in eiuſdem militis bonis paganicis quæ ad legitimũ inteſtati ſucceſſorẽ deuoluerẽtur, ſi nõ alia inſtitutio facta proponeretur, quàm commilitonis in caſtrenſibus. Reſtat vltima quæ Baldi fuit interpretatio Inſtitutionem vnam non trahi ad aliã in di-

Digitized by Google

uerſis heredibus æquè principalibus. Quibus verbis quid ſibi Baldus velit difficile eſt dicere, ſi totius legis vtramque partem conſideremus. Nam inſtituto per militē cōmilitone in bonis caſtrenſibus, Extraneo autē in bonis paganicis duæ quidem erunt inſtitutiones, ſicut & duo heredes æquè principales, ſed non de quibus poſſit dubitari, an vna inſtitutio aliam ad ſe trahat, cùm lex non ponat repudiatam eſſe ab alterutro hereditatē, quā proinde ponendū eſt aditā fuiſſe vtrāque, & caſtrēſiū à cōmilitone, & paganicorū ab extraneo. Sed videtur Bald. eo, vt loquūtur, ſūmario priorē tātùm legis partem cōplexus eſſe quæ habet, Milite ſic teſtato vt caſtrenſiū tantūmodo bonorū heredē cōmilitonē inſtituerit, cętera eius bona velut inteſtati defūcti, à matre iure poſſideri. Quaſi eo caſu quo miles de bonorū ſuorū tantūmodò parte teſtatur duas faciat inſtitutiones, Vnā eius quē nominatim inſtituit, alterā verò legitimi heredis, etiāſi de eo nihil exprimat: Exemplo videlicet eius quod in pagano dici ſolet ſi quādo inteſtatus decedat, tacitè videri eū ſcribere heredē quiſquis futurus illi eſt legitimus ſucceſſor. Verùm iā monuimus, Militē qui ex certis tantùm rebus teſtamento ſibi heredem ſcribit, nullā poſſe dici facere inſtitutionē ab inteſtato, quia militis quoquomodo teſtati volūtatē tacitā lex neque ſupplet vnquā, neque adiuuat, neq; interpretatur, ne hoc ipſo faciat cōtra militis voluntatem, quæ non alia fuiſſe creditur, q̃ quæ ab ipſo expreſſa fuit. Itaq; legitimū militis ſucceſſorē lex ad inteſtati ſucceſſionē vocat nō tāquā tacitè ſcriptū, vt in legitima hereditate pagani, ſed tāquā nullomodo inſtitutū. Non ſunt igitur duæ inſtitutiones vna expreſſa & altera tacita, nō magis quàm expreſſa duplex, licèt ſint duo heredes æquè principales, Vnus teſtamētarius, alter legitimus, quia vnū heredē inſtitutio teſtatoris fecit, Alium facit diſpoſitio legis. Dicendum igitur eſt legis noſtræ ſententiā eam eſſe, vt in propoſita ſpecie diſtingui oporteat, Vtrum miles cōmilitonē in bonis caſtrenſibus tantummodò heredem ſcripſerit, An verò etiā extraneū in bonis paganicis: Vt priore caſu bona eius paganica quæ ad teſtamentariū heredē in ſolis caſtrēſibus inſtitutū pertinere non poſſunt, ad ſolā defuncti matrē tanquā ad legitimā heredem ab inteſtato pertineant. Si autē etiā in paganicis illis extraneum heredem ſcripſerit, iſque adierit hereditatem, non alius quàm extraneus heres ille paganica bona petere poſſit. Quo quid certius? quid apertius? quid denique verbis legis conuenientius? Nam quod initio legis ponit Imperator in caſtrenſibus tantummodò inſtitutū fuiſſe commilitonem, haud dubiè ſic accipiēdū eſt vt nō tātùm in ſolis caſtrēſibus cōmilito inſtitutus ſit, ad differentiā paganicorū, ſed etiā ſolus ipſe, id eſt, nullo addito coherede. Cui conſequens eſt poſteriorē diſtinctionis partē ſic accipi debere, vt è contrario ponendū ſit inſtitutū cum cōmilitone extraneū, & quidem in paganicis bonis ſicuti commilito inſtitutus fuit in caſtrenſibus. Ita enim fit plena & abſoluta antitheſis, oppoſita inſtitutione extranei inſtitutioni cōmilitonis, & inſtitutione bonorum paganicorū inſtitutioni caſtrenſiū: Vt appareat bona paganica, quæ in priore diſtinctionis parte dixerat Imperator ad matrē tāquā legitimā heredē pertinere, ad extraneū in iis ſcriptū peruenire debere. Non enim de caſtrenſibus apud Imperatorē quærebatur, cùm dubitari non poſſet quin ad cōmilitonem in iis inſtitutum pertinerent, ſed tantùm de paganicis, quæ cùm deferri commilitoni non poſſēt, neceſſe erat vel ad matrē tāquā legitimam heredē ſi nullus in iis ſcriptus heres fuiſſet, vel ad extraneū qui & in illis inſtitutus eſſet, & adiiſſet, peruenire. Extraneū námq; lex intel-

ligit

Digitized by Google

ligit eum qui neque commilito ſit, neque legitimus inteſtati ſucceſſor, cùm in præcedentibus & de commilitone inſtituto, & de legitima herede matre dictum eſſet. Tam certum autem illud eſt vt de eo dubitari probabiliùs poſſit quid cauſæ fuerit cur de iure tã aperto Imperator cõſuleretur. De quo tamẽ nemo diſputat, vt neque de eo quid ſibi velint poſtrema illa legis verba *bona eius in te transferri non iure deſideras*: quod tamen præcipuè fuit explicandum. Poſſit enim fortè quis exiſtimare conſultũ fuiſſe Imperatorẽ ab aliquo ex creditorib. militis defuncti quis pro debito bona ſui quondã debitoris ſibi addici poſtularet, vt *in l. pro debito 6. C. de bon. auth. iud. poßid.* Sed nõ eſſet interpretatio probabilis. Quid enim attineret tractaſſe in tota lege de militis hereditate totiúſq; ſucceſſionis iure ſi non niſi de creditoris iure quęrebatur? Quippe nihil cõmune habet ius creditorũ cum iure ſucceſſionis, ne tũ quidẽ cùm teſtator miles pro arbitrio diuiſit bona inter heredes inſtituẽdo heredẽ vnũ in bonis caſtrenſibus, aliũ verò in paganicis, quia non poteſt ea diuiſio creditoribus nocere quominùs id quod ab herede ſeruare non poterunt, ab alio conſequãtur *l. ſi cert. 17. §. 1. in fin. D. de teſtã. milit.* Sed etſi vnus tantùm à milite ſcriptus fuiſſet heres in bonis omnibus, perinde potuiſſet illa quæſtio proponi licèt nullo iuris colore, An militis bona in creditorẽ pro debito trãsferri oporteret, Nec heredũ pluralitas & patrimoniorũ diuerſitas à milite cõſtituta difficultatẽ augere poteſt, maiorémq; dubitandi cauſam vel colorẽ præbere. Cùm ergo Imperator illud potiſſimùm inſpiciat, & diſtinguat, Qua ratione miles teſtatus ſit in diuidẽdo patrimonio ſeparandíſq; bonis caſtrẽſibus à paganicis, Apparet aliud quiddã eum ſenſiſſe quàm quòd ad nudum ius creditoris, ſeruandique crediti cauſam pertineat. Sic exiſtimo, conſultum fuiſſe Imperatorem ab illo ipſo defuncti commilitone qui bonorum tantummodò caſtrenſium heres ſcriptus proponebatur. Nam & legis inſcriptio oſtẽdit militẽ eũ fuiſſe qui conſulebat Imperatorẽ: Qua de cauſa minùs mirandũ eſt de re parũ dubia fuiſſe conſultationem ab eo propoſitam qui magis arma quàm leges ſcire debuerit, & cui iuris imperitia fuerit quodammodo pro peritia rei militaris. Credibile autem eſt, ita viſum fuiſſe conſulenti, vt quia & defuncti commilito fuiſſet & ab eo heres ſcriptus, in bonis licèt tantũmodò caſtrenſibus, totã ideò hereditatẽ obtinere deberet, nõ tàm adcreſcendi iure quàm ex priuilegio militari, Quaſi fauorabiliores ſint militũ heredes, ſi & ipſi ſint milites, fauorabiliores etiã bonorũ caſtrenſiũ inſtitutiones quàm paganicorũ. Atque idcirco cùm nihil aliud precibus ſuis expoſuiſſet niſi quòd à ſuo cõmilitone qui matrẽ ſuperſtitẽ reliquerat, heres ſcriptus eſſet, in bonis tantũmodò caſtrẽſibus, nõ expreſſo eo, An in bonis paganicis inteſtatus deceſſiſſet, an verò extraneũ in iis heredẽ inſtituiſſet, Peteretque transferri in ſe bona defuncti omnia etiã paganica, Reſcribit Imperator nullo eũ iure id deſiderare, Idque non tã diſtinctione adhibita, quàm dilemmate ſic compoſito, quia ſiue de paganicis miles teſtatus non ſit, pertinẽt illa ad legitimũ inteſtati ſucceſſorẽ ac proinde ad matrẽ ſuperſtitem, Siue de iis teſtatus ſit inſtituto herede extraneo, non ad aliũ quàm ad heredẽ ipſum inſtitutũ peruenire debent, ſi modò is adierit hereditatẽ, Nullo igitur caſu videri poterat cõmilito iure deſiderare vt paganica bona prætextu caſtrẽſiũ in quibus ſcriptus erat in ſe trãsferrẽtur. Dices fortaſſe, dilẽma hoc non eſſe integrum & abſolutum. Deeſſe namque caſum illum, quo extraneus heres in paganicis inſtitutus nolit adire hereditatem, ſiue metu æris alieni ad id

bonorum genus pertinentis, ſiue qua alia de cauſa (nec enim præſcribendum eſt heredi, cur eam adire nolit hereditatem quam habeat pro ſuſpecta *l ſi in teſtam.22.in fin.*D.*ſi quis omiſſ.cauſ.teſtam.l. quia poterat* 4. *D. ad SC. Treb.*) Quo vno caſu certum eſt non adeò cenſeri iſtas quaſi duas duorũ hominũ hereditates, vt non poſſint & debeant bona paganica peruenire ad heredem caſtrenſiũ, vel contrà, vt vel totã hereditatẽ aduerſus creditores defẽdere cogatur vel totum ſoluere, vt ſcriptum eſt *in d.l.ſi certarum* 17. *§.1.in fi. D. de teſtam milit.* Excluſo ſcilicet legitimo inteſtati ſucceſſore, quia licèt miles poſſit decedere pro parte teſtatus, & pro parte inteſtatus ſi velit, maximè verò ex poſtfacto, quod nec in paganis abſurdum eſſe creditur *l. circa* 24. *D. de inoff.teſtam.* nulla tamen ex parte inteſtatus decedere voluit miles, qui in bonis ſuis omnibus heredes ſibi ſcripſit. Sed facilis reſpõſio eſt, Conſultò prætermiſsũ ab Imperatore hunc caſum fuiſſe, quia cùm ex facto ſic euenit, vt vnus ex heredibus inſtitutionem ſuam repudiet, ſiue ob incõmodũ & onus emergentis iam æris alieni, ſiue ob periculũ & metũ latentis, vix eſt vt alius heres deſideret adcreſcere ſibi eam partem hereditatis, quæ omittitur, quomodo in ſpecie huius *l.2.* miles in caſtrenſibus inſtitutus, deſiderabat etiã paganica in ſe transferri, & ideò dicitur pars illa repudiata, eo caſu adcreſcere inuito nõ deſideranti *d.l.ſi cæterarũ §.1.in fin.* niſi quòd permittitur ei ſi malit caſtrenſem hereditatem quã adierat, repudiare, quaſi ex noua & improuiſa cauſa, quam præuidere nec potuerit, nec debuerit, vt in ſpecie *l.cùm hereditate* 55. *l.ſi minor annis* 61. *& l.pen.in fin. D. de acq.hered.* Nihil ergo cauſæ fuit cur hunc casũ exprimeret Imperator reſcribens ad conſultationem militis, qui cùm totã hereditatem habere deſideraret, hoc ipſo ſatis ſignificabat opulentiorẽ eam eſſe quàm vt poſſet incidere caſus ille repudiationis: Qui tamẽ nõ obſcurè à contrario ſenſu expreſſus eſt in iis verbis *iſque adijt hereditatem.* Hactenus ſaltẽ ne dubitari poſſit, aliter reſcripturum fuiſſe Imperatorẽ, ſi extraneus ille in paganicis inſtitutus hereditatẽ repudiaſſet. Nẽpe iuſtũ eo caſu fore deſideriũ militis qui ſcriptus heres in caſtrẽſibus etiã paganica in ſe trãsferri poſtularet: Quod porrò dici nõ poſſet ſi conſulẽs alius fuiſſet quàm cõmilito ille qui in bonis tantũmodò caſtrẽſibus inſtitutus proponebatur. Alio enim herede repudiante qui in ſolis paganicis ſcriptus fuerat nõ ideò trãsferri poſſent bona illa paganica in alterũ, quàm in heredẽ ſcriptum ex caſtrenſibus, adeóque nec ad heredẽ inteſtati, propter aditionẽ iam ſemel ex teſtamento factam, quæ legitimum heredem in perpetuũ excluſiſſet. *d. §.1.in fin.l ſi certarũ.* Tantò igitur magis ex eo apparet verum eſſe quod dicimus conſultũ fuiſſe Imperatorem à commilitone in caſtrenſibus bonis inſtituto. Ideóque nec dubitandum eſt meo iudicio, quin ſcripſerit & reſcripſerit Imperator *commilitonem te ſuũ*, addita dictione *te*, quæ ſi nõ deeſſet, longè facilior, & ea ipſa quam nos dicimus interpretatio cuilibet obuia pateret. Nec eſt quod quis putet idẽ viſum fuiſſe Accurſio quod nobis, vt in poſteriore huius legis parte ponendum ſit inſtitutum heredem vnũ in bonis paganicis, & quidem extraneum, in caſtrenſibus verò alium, vt ex gloſſa ipſius apparet in verb. *extraneum*, vbi ſcribit ille *in paganicis, Alium verò in caſtrenſibus.* Euidens enim mendum eſt, & pro *alium* legendum *aliud*, vt conſtat ex præcedente gloſſa, ad quam ſe refert eo loco Accurſius, Dixerat enim ſeparanda eſſe bona caſtrenſia à paganicis, vt paganica poſſint ad ſe trahere caſtrenſem hereditatem, non contrà: Quod nos ſuprà refutauimus.

ERROR

Digitized by Google

ERROR SEXTVS.

Quantum interſit an ex fundo aut per quotam, facta ſit inſtitutio à milite, an à pagano. Ad l.3.C.eod.de teſt.milit.

HÆc quoque lex habet commune aliquid cum eo, de quo proximè incidenter tractauimus, An teſtatus miles in dubio credendus ſit iure militari teſtatus eſſe, an iure communi. Nam ex hoc potiſſimũ loco probare ſolent interpretes, Teſtamentum militis quantum fieri poteſt ſalua ratione recti ſermonis reduci ad ius cõmune: Neque aliam huius legis ſententiam eſſe arbitrantur, niſi quod addit Baldus poſſe idem teſtamentum valere tam ex priuilegio quàm de iure cõmuni, ex iis verbis huius legis *inſtitutio etiam iure cõmuni accepit auctoritatẽ*. Et rurſum, Teſtamenta omnia etiam militaria, interpretanda eſſe ſecundùm ius commune. Quæ omnia videamus, an non ſicut à ratione iuris abhorrent, ita & ab Imperatoris ſenſu, verbiſque huius conſtitutionis aliena ſint. De ſpecie legis inter omnes conſtat: Proponebatur Valerianus centurio teſtamento ſuo heredem ſcripſiſſe filiam ex duabus vnciis, vxorem verò ex vncia, nec de reſiduis portionibus quicquam ſignificaſſe, id eſt neque heredem in iis quẽquam inſtituiſſe, neque declaraſſe an quod ad eas pertineret, decedere inteſtatus mallet legitimóſq; habere ſucceſſores. Quærebatur quomodo eſſet diuidẽda hereditas inter ſcriptas heredes, & an reliquæ partes hereditatis de quib⁹ miles nihil diſpoſuerat, legitimis ſucceſſorib⁹ tãquam ab inteſtato deferrentur. Dubitationem faciebat, quod cõſtabat militem teſtatum fuiſſe iure ac priuilegio militari, Militis autẽ priuilegium illud eſſe inter cætera vt poſſit decedere teſtatus pro parte, & pro parte inteſtatus. Itaque cùm as hereditarius ex duodecim vnciis conſtet, nec miles niſi de tribus vnciis diſpoſuiſſet, relatione tamen facta ad aſſem, per vnciarũ expreſſionem & deſignationem, quæ aſſis partes ſunt integrales, non abs re videri poterat eam fuiſſe centurionis voluntatem vt ex duodecim vncijs duas haberet filia, tertiam vxor, reliquus dodrans ad legitimũ inteſtati ſucceſſorẽ perueniret: Quẽadmodum accideret ſi ex fundo Corneliano filiam, ex Liboniano vxorem heredem inſtituiſſet, nec de reliquo patrimonio quicquã cauiſſet. Nemo enim dubitaret quin cæteris in bonis omnibus deceſſiſſe inteſtatus videretur. *l.ſi miles 6.l.ex militari 11.§.vlt. & legib.ſeqq.D.de teſtam.milit.* Contrà tamen reſcribit Imp. Antonin. Quamquam militum teſtamenta iuris vinculis non ſubiiciantur, cùm propter ſimplicitatem militarem quomodo velint, & quomodo poſſint ea facere his concedatur, Tamen in centurionis huius teſtamento inſtitutionem etiam iure communi accepiſſe authoritatem. Nam cùm paterfamilias, inquit, filiam ex duabus vnciis, vxorem verò ex vncia heredes ſcripſerit, nec de reſiduis portionibus quicquam ſignificauerit, in tres partes diuiſiſſe apparet eũ hreditatem, vt duas habeat quæ ſextantem accepit, tertiam quæ ex vncia heres eſt inſtituta. Idem ergo iuris hac parte eſt, inquiunt interpretes, in teſtamento militis quod in teſtamento pagani; Vt quia iure communi paganorum ſic diuidenda eſſet hereditas *l.interdum 13.§.1.l.ſi ita ſcriptum 47.§.1.D. de hered. Inſt. eod.tit.* eadem diuidendi ratio & proportio in teſtamento militis ſeruetur. Hoc verò cur

SSſ 5

ita? Niſi quia teſtamentum militis, inquiunt, reducitur ad ius commune quâtû fieri poteſt ſalua ratione recti ſermonis vt Baldus dicebat. Quòd ſi ita eſt planè non video, Cur nõ æquè dicendum ſit Milite ſic teſtato vt ex fundo aliquo heredem ſcripſerit, nec de reliquo patrimonio quicquam dixerit, totá hereditatẽ ad eum pertinere qui ex fundo ſcriptus ſit, Quandoquidẽ iure cõmuni etiã in pagani teſtamento idẽ ſeruaretur: nec ratio recti ſermonis repugnaret, quia licèt fundi appellatione tota hereditas nõ ſignificetur, fundi tamẽ mẽtio detrahitur ex ea inſtitutionis formula *Titius ex fundo Corneliano heres eſto*, qua detracta ſuperſunt verba illa ſola *Titius heres eſto*: quibus rectè datur hereditas nec minùs à milite quàm à pagano. *l. 1. §. ſi ex fundo l. quoties 9. §. ſi duo & l. ſeq. eod. tit. De hered. inſtit.* Id nimirum præſentiens Salycetus, & vt obiectionem hanc effugeret, dixit ſeparandam inſtitutionem quam miles fecerit ex fundo aut ex alia certa re, certóve genere bonorũ, ab ea quæ facta ſit per quotã id, eſt per vnciarũ diſtributionem. Nam inſtitutionem illá quæ per quotã facta ſit trahi ad bona cætera, non item illã quæ facta ſit ex fundo. Sed quæro, hoc ipsũ cur ita? An fortè quòd recti ſermonis ratio nõ repugnet quominùs ſextãtis aut vnciæ appellatione totus as ſignificetur, repugnet autẽ ne fundi ſignificatione cõprehendatur? At dici hoc nullomodo poteſt. Tã enim certum eſt appellatione vnciæ vel ſextantis totũ aſſem non ſignificari, quàm certũ eſt, certæ partis nomine totum non contineri *l. verbis ciuilibus in fin. 7. D. de vul. & pup. ſubſt. l. Lucius 78. §. quæ habebat in fin. D. ad SC. Treb.* Fateor virilis portionis appellatione interdũ etiam totam hereditatem contineri vt Vlpianus noſter ſcribit *in l. virilis 145. de verb. ſignif.* Sed aliud eſt de virili parte tractare aliud de parte ſimpliciter quæ ab initio ſit certa. Virilis enim ab initio prorſus incerta eſt, nec niſi per concurſum certa conſtituitur. Idque inter legatarios vocatos ex virilibus partibus locus eſt iuri adcreſcẽdi *l. ſi duobus 16. §. vlt. de legat. 1.* cui tamen locus non eſt inter vocatos ex æquis partibus, qui ab initio certas partes habent *l. planè 34. § ſi coniunctim eod. tit. l. re coniuncti 89. de legat. 3.* Vt ſcripſimus *Decade* 50. Ratio igitur reddi nulla poteſt, cur inſtitutio à milite facta per quotam trahi ad bona ipſius omnia debeat potiùs, quàm quæ facta eſt ex fundo. Quinimò ſi verum amamus maior ratio ſubeſſe videtur vt inſtitutio ex certo fundo facta extendatur ad vniuerſa teſtatoris bona quàm quæ facta eſt per quotam, quia fundi mentio, vt ſuprà diximus, detrahitur, & pro non adiecta habetur: At non ſimiliter vnciæ aut alterius quotæ expreſſio, Vt ex eo apparet, quòd certis vncijs expreſſis adcreſcunt cæteræ aſſis vnciæ de quibus nihil teſtator diſpoſuit *dicta l. interdum §. 1. ex d. §. videamus.* Quæ tamen adcreſcere nullomodo poſſent ſi vnciarum mentio iuris interpretatione ac poteſtate detraheretur, Cùm dici ſoleat ius adcreſcendi ſimile eſſe alluuioni, quia deficiens portio non perſonæ adcreſcit ſed portioni *l. ſi Titio 33. §. 1. D. de vſufr.* Et ex hoc rurſum intelligimus non eſſe bonam rationem quam adferre noſtri ſolent cùm quæritur in teſtamento pagani. Cur inſtitutio facta ex minore vnciarum numero quàm quæ aſſem impleant trahatur ad totum aſſem. Aiunt enim id fieri quoniam alioqui contingeret vt paterfamilias pro parte teſtatus decederet, & pro parte inteſtatus: Quòd ſi verè diceretur, vtique aliud iuris conſtituendum eſſet in teſtamento militis, quem nihil vetat decedere inteſtatum pro parte, Et tamen non ita eſt. Perinde enim diuiditur hereditas tota in tres partes ſi miles filiam inſtituerit, ex ſextãte, vxorem

verò

verò ex vncia,atque ſi à pagano ſic factum eſſet teſtamentũ vt hæc lex habet. Sed &,ſi ratio bona eſſet ſequeretur,ſic teſtato pagano,vt plures quàm duodecim vncias inter heredes ſcriptos diſtribuiſſet tranſeundo ad dupondium, Nihil cauſæ fore cur partes quæ ſupra duodecim vncias eſſent, decreſcere heredibus deberent pro rata, quomodo decreſcere illas ſcriptum eſt *in d.l. interdum §.ſed ſi exceſſerit & in §.& ſi plures Inſt.eod tit.* Nec enim verendum eſſet ne qua ex parte inteſtatus decederet, qui de pluribus quàm duodecim vnciis teſtatus eſſet, Et tamen nihil penitus intereſt an teſtator in diſtribuenda per vncias hereditate legitimum modum exceſſerit plures quàm duodecim vncias diſtribuendo,an pauciores diſtribuerit, Cùm vtroque caſu as teſtatoris, id eſt quem ſibi teſtator pro arbitrio finxit ex tot vnciis quot voluit,reuocetur ad aſſem iuris,qui duodecim vnciis completur, Eâdem duntaxat proportione ſeruata in aſſe illo iuris, quæ obſeruata fuit in aſſe teſtatoris,ne quid contra eius voluntatem fiat.Nec minùs obſeruatione dignum illud eſt, quod tamen pauci obſeruant, quàm diſpar ratio ſit inſtitutionis à pagano factæ ex fundo,& inſtitutionis ab eodem factæ per quotam,adeóque ſi voles ex vncia. Etſi enim vtrique inſtitutioni commune illud eſt vt trahatur ad totum aſſem, differentia tamen illa eſt, quod à pagano inſtitutus ex vncia totam hereditatem reliquam obtinet iure adcreſcendi, Non ille ſimiliter qui ex certo fundo ſcriptus fuit.Nam cùm ea fundi mentio per iuris interpretationem detrahatur vt fauorabiliter adiuuetur & conſeruetur inſtitutio quæ alioqui non valeret,quemadmodum ſuprà diximus ex *d.l.1.§.ſi ex fundo l.quoties 9.§.ſi duo & l.ſeq.D.de hered.inſtit.l.cùm quidam 19.De liber.& poſthum.*non poteſt iure vllo adcreſcendi egere ad totam hereditatem obtinendam heres, qui detracta fundi mentione non in alia re quàm in toto aſſe ſcriptus reperitur verbis illis generalibus quæ ſola ex inſtitutione remanent *Titius heres eſto.* Neque ſanè poſſet ius adcreſcendi habere ſcriptus heres ex fundo, ſi fundi mentio non detraheretur, quia cùm portio non niſi portioni adcreſcat, certum eſt fundum licèt hereditarium non eſſe portionem hereditatis,ſed bonorum quæ ſunt in hereditate,ſiquidem hereditas nomen iuris eſt non corporis *l. hereditas 50. D. de hered.petit.* Multóque minùs dici illud poteſt quod tamen interpretibus placet, Inſtitutum ex certo fundo à teſtatore pagano hereditatem totam ideò duntaxat habere, Ne alioqui fatendum eſſet deceſſiſſe illum teſtatum pro parte & pro parte inteſtatum, Nam cùm benigna iuris interpretatione mentio fundi detrahatur, quomodo videri poteſt deceſſiſſe pro parte teſtatus is, qui heredem ex toto aſſe inſtituit? Aut ſi replices ob hoc ipſum detrahi mentionem fundi ne ſucceſſio illa inteſtati pro parte inducatur, Dic ſodes quomodo poſſit videri deceſſiſſe pro parte inteſtatus is, qui teſtamento ſuo non niſi ex fundo heredem ſcripſit? Imò verò fatendum eſt deceſſiſſe hunc omnino inteſtatum & in totum, quia nulla ex parte teſtatus dici poteſt qui de nulla hereditatis ſuæ parte diſpoſuit, Iam autem diximus fundum ex quo aliquis heres ſcriptus eſt non hereditatis partem eſſe, ſed bonorum. Ex quo illud etiam fit vt non niſi pro legatario habeatur ſi quis ei coheres adiectus ſit, ſiue ex parte aliqua hereditatis, ſiue ſine parte *l. quoties 13. C. de hered. inſtit.* Proinde ſi non placuiſſet prudentibus ex eiuſmodi inſtitutione facta in fundo detrahendam eſſe fundi mentionem,non idcirco abſurdum illud eueniſſet, vt paterfamilias pro parte teſtatus & pro parte inteſtatus deceſſiſſe videretur,ſed illud potiùs vt inteſtatus omnino deceſſiſſet qui teſtamẽtũ feciſſet,Corruiſſe

ſcilicet propter viciũ ſuũ inſtitutione *d.l.cùm quidam.* Vicium námque inſtitutionis eſt, & quidem maximum ſi quis ita heres inſtituatur, vt tamen ex nulla hereditatis parte ſcriptus inueniatur, & ob id neceſſaria eſt benigna iuris interpretatio vt viciũ inſtitutionis tollatur, & eo ſublato ſalua maneat inſtitutio, quẽmadmodũ ſi ex tẽpore aut ad tẽpus hereditas data eſſet *l. hereditas ex die 34. D. de hered. inſtit.* In eóque aliud elucet priuilegium militare quòd ſi miles aliquem ex fundo heredem ſcripſerit, nec de reliquo ſuo patrimonio quicquã cauerit, nullũ inſtitutionis vicium eſt, valétque inſtitutio nõ detracta fũdi mẽtione, Ita vt is qui in eo fũdo ſcriptus fuit perinde ſit heres acſi ex re aliqua certa inſtitutus eſſet, eíque dentur actiones tanquam heredi & quidẽ teſtamentario, licèt pro reſiduo patrimonio miles inteſtatus deceſſiſſe intelligatur, vt eleganter ex Mæciano ſcribit Vlpianus *in l. cogi 16. §. ſed etſi mile ad SC. Treb.* vbi benè Haloãder monuit legendũ eſſe *ex certa re*, pro eo quod vulgò legitur *excepta re.* Ponit enim Vlp. eo loco differẽtiã inter militẽ & paganũ, quòd cùm paganus hereditatem vel bona quæ ſibi ab aliquo obuenerunt, vel quę in aliqua regione habet, reſtituere rogat, ex Trebel. non tranſeunt actiones: At in militis teſtamento cõtrà reſpondetur, Nã ſicuti cõceſſum eſt, inquit, militibus circa inſtitutionẽ ſeparare ſpecies bonorũ, Ita etſi per fideicõmiſſum ab inſtitutis heredibus id fecerit admittendũ eſt Trebell. Senatuſc. vt actiones transferantur à iuris ſucceſſore in iuris ſucceſſorem. Cùm igitur tanta ſit inter paganũ & militẽ differentia quod pertinet ad inſtitutionem ex certo fũdo factã, videamus an nõ etiam aliqua ſit, cùm inſtitutio facta eſt per quotã vt Salycetus loquitur, Nullã enim agnoſcunt interpretes, moti *ex d. l. 3. C. de teſtam. milit.* quæ inſtitutionẽ à milite ſic factam, ait etiã à iure communi accipere authoritatem, nec aliter fieri diuiſionem hereditatis inter filiam militis inſtitutam ex ſextante & vxorem ſcriptam ex vnica, quàm ſi à pagano factum eſſet teſtamentum. Et certè fatendũ eſt, nihil inter iſta differre ſi effectum rei inſpiciamus, quem ſolum ſpectant interpretes de iuris ratione parum ſollicite, & hoc vno in quæſtione iſta decepti. Sed tamen puto ſi rationibus iuris agatur multùm referre an talis inſtitutio ex quota hereditatis facta ſit à milite an à pagano. Etſi enim cuilibet patrifamiliàs ſiue pagano, ſiue militi liberum eſt hereditatem ſuam in quot velit vncias diſtribuere, id eſt ſiue in plures, ſiue in paucieres quàm duodecim, ſi tamen paganus ſit, qui ex paucioribus vnciis heredes inſtituit, poteſtas iuris neceſſaria eſt, vt as teſtatoris ad aſſem ſollennem iuris reuocetur, vt apertè ſcriptum eſt *in dict. l. interdum* §. 1. quia non poteſt as teſtatoris aſſem iuris immutare, non magis quàm teſtator ipſe legibus derogare, ac facere ne in teſtamento ſuo leges locum habeant *vulg. l. nemo poteſt 55. de legat.* 1. At ſi à milite talis inſtitutio facta ſit, nulla iuris poteſtate opus eſt ad commutandum aſſem teſtatoris in aſſem iuris, quia nec habet derogandum legibus miles, qui earum vinculis cùm teſtatur, nullo modo coſtringitur. Itaque ſolum eum aſſem intuemur quem teſtator miles pro arbitrio ſuo fecit, vt ſi de tribus tantùm vnciis diſpoſuerit nulla reliquarum facta mentione, non alius as hereditarius vllus eſſe intelligatur, quàm qui ex tribus tantummodò vncijs conſtet. Vnde fieri neceſſe eſt vt hereditas in tres partes diuidatur, quarũ duas ferat filia inſtituta ex ſextante, tertiã vxor ſcripta & vncia, vt lex ait. In quo obſeruandũ eſt non ita loqui Imperatorem, vt dicat filiam inſtitutã ex ſextante, videri ſcriptam ex beſſe, vxorem verò ex triente

quæ

quæ inſtituta fuit ex vncia, quod tamen contingeret in teſtamento pagani, Sed duas partes hereditatis ad filiam, tertiam ad vxorem pertinere, quoniam æquè commodè fit ea diuiſio hereditatis, conſtituto & cõſeruato aſſe quem teſtator miles fecit ex tribus vnciis, atque ſi filia ſcripta eſſet ex beſſe, vxor ex triente. Itaque nil neceſſe eſt vt tres vnciæ in quas teſtator totam hereditatẽ ſuam diſtribuit, redigantur ad duodecim: Quod in pagano neceſſe eſt non tam ad conſeruandam teſtatoris voluntatem, quàm ad tuendã iuris authoritatem, quę ſollennem illam aſſis in duodecim vncias diſtributionem induxit, & cui non magis derogare voluntas pagani poteſt, quàm cæteris ſollennitatibus à lege introductis: Adeò vt nec ſi aliis nominibus quàm quæ à iure pręſcripta ſunt teſtator vſus ſit, quicquam proficiat, puta ſi vnum heredem inſtituerit ex prima parte hereditatis, ſecundum ex ſecunda, tertium ex tertia, & quartum ex quarta. Nam æquales partes hereditatis ad inſtitutos perueniẽt, quaſi teſtator appellatione numeri ſcripturę magis ordinẽ quàm modũ partibus impoſuiſſe videatur *l ſi quis heredes* 14 *D. de hered inſtit.* Quòd ſi miles è contrario in plures quàm duodecim vncias hereditatem ſuam diſtribuerit, ſimiliter quidem eueniet, vt eaſdem hereditatis partes habeant inſtituti quas haberent ex teſtamento pagani, ſed tamen alia ratione, quia nõ habebunt per reuocationem & reductionem quæ fieri debeat ad ſollennẽ numerum duodecim vnciarum ex quibus as iuris conſtat, ſed perinde acſi as ille iuris ex tot vncijs cõſtaret, quot à milite diſtributę ſunt. Quare nec erit neceſſe vt iis qui ex duodecim prioribus vnciis ſcripti fuerunt quicquã decreſcat pro rata, nõ magis quàm vt paucioribus diſtributis quicquam adcreſcat pro rata: Quod vtrunque tamen in pagani teſtamento eueniret *d. l. interdum §. 1. & ſeq.* Hinc concludo, Non poſſe dici verè quod volunt interpretes, in ſpecie *d. l. 3. C. de teſtam. milit.* teſtamentum militare reduci ad ius commune & ex eo ſumere interpretationem. Valet enim iure militari & eo ipſo modo quo miles voluit, id eſt vi diſtributionis factæ à milite totius hereditatis in tres tantummodò vncias, haud ſecus acſi nullus alius eſſet as hereditarius, quàm qui ex tribus vnciis conſtaret. Neq; contrarium eſt quod reſcribit Imper. hanc inſtitutionem etiam à iure communi accipere authoritatem, Senſus enim eſt, Tãtò magis ratam eſſe debere militis volũtatem, quòd etiamſi à pagano facta eſſet talis inſtitutio, eandem quoque diuiſionem hereditatis fieri oporteret. At non excludit ea res quominùs alio iure cenſeatur inſtitutio ſic à milite facta, quàm quę iiſdẽ verbis concepta eſſet à pagano. Nam inſtitutio quã paganus ex tribus tantùm vnciis feciſſet reuocanda primũ eſſet iuris poteſtate ad aſſem iuris; Vt deinde quæ plures vnciæ in aſſe iuris eſſent, iis adcreſcerent, quas teſtator præſcripſiſſet, quorum neutrum fit in inſtitutione facta per militem, quia ſcilicet poteſtas iuris nulla eſt in teſtamento militis, cuius nuda voluntas pro iure ſeruatur vt ſcriptum eſt *in l. 1. C. eod. tit.* Nec illud rurſum admitti poteſt, quod Salycetus dixit inſtitutionẽ factam à milite per quotam trahi ad omnia ipſius bona. Nam quod lex ait in propoſito caſu diuiſam eſſe totam hereditatem in tres partes non fit per protractionem & iuris interpretationem aliquam, ſed ex propria vi & ſignificatione verborum quibus teſtator vſus eſt, ſi tractes de teſtamento militis: Secus ſi de teſtamento pagani.

Digitized by Google

ERROR SEPTIMVS.

De reciproca ſubſtitutione per militem facta, Ad l. in teſtamento 6. C. eod. tit. De teſtam. milit.

QVOD diſputauimus proximo capite, Reducendum non eſſe teſtamentum militare ad ius commune, nec ſi fieri poſſit ſalua ratione recti ſermonis, neque ex eo ſumere interpretationem debere, probari meo iudicio non malè poteſt *ex l. in teſtamento 6. C. eod. tit. de teſtam. milit.* vbi tractatur de ſubſtitutione reciproca per militem facta, qui filia ſua impubere ſcripta ex parte dimidia, fratre verò ex altera dimidia, ſubinde inuicē eos ſubſtituerat per vulgarem formulam, verbumq; illud commune *eóſque inuicem ſubſtituo*, vt *in l. iam hoc iure 4. D. de vulg. & pupill. ſubſt. l. quamuis 4. C. eod. tit. De impub. et alijs ſubſt.* Cumq; pupilla patri heres extitiſſet, poſtea verò intra pubertatē deceſſiſſet, ſuperſtite matre, itemq; patruo & eodē ſubſtituto, quærebatur ad quē hereditas pupillæ pertineret, An ad matrem ab inteſtato, an ad patruum & ſubſtitutū tanquam ex ſubſtitutione pupillari. Pro ſubſtituto facere videbatur conſtitutio Diui Marci, quæ induxit vt ſubſtitutio impuberi facta in caſum non aditæ hereditatis trahatur ad alterum & ſecundum caſum aditę hereditatis, impubere, poſtquàm bonis paternis ſe immiſcuit, defuncto. Tracta enim eſt à Diuo Pio ea conſtitutio ad tertium quoque genus ſubſtitutionis, id eſt ad eum caſum quo nō tantùm impuberi ſubſtitutus vulgaris datus ſit, ſed etiam facta ſubſtitutio reciproca inter filium impuberem, datumq; ipſi coheredem: vt Vlpianus ſcribit *in d. l. iam hoc iure.* Etſi autē ſubiungit eo loco, ita hoc accipiendum eſſe, vt ſi pater duos filios impuberes heredes inſtituat, eóſq; inuicem ſubſtituat, in vtrumque caſum reciproca ſubſtitutio facta eſſe videatur, ſed ſi alter pubes alter impubes, hoc cōmuni verbo *eóſque inuicem ſubſtituo* fuerint ſubſtituti, in vulgarē tātummodò caſum facta videri debeat, ex alia Seueri & Antonini conſtitutione, quòd incongruens videatur vt in altero duplex ſit ſubſtitutio, in altero ſola vulgaris, In propoſito tamen nō videbatur ea Seueri conſtitutio nocere patruo, quominùs fratris filiæ impuberi etiam in pupillarem caſum ſubſtitutus intelligeretur, cùm potuerit miles teſtator ex priuilegio militari ſubſtituere directò fratri etiā poſt aditā ab eo hereditatē, perinde ad filiæ ipſi impuberi. Non quidē in caſum pupillarē, ſed in caſum aditę hereditatis, qua appellatione ſignificatur quid generalius quod etiā militarē caſum cōprehendat. Proinde nō erat verēdū in hac ſpecie ne abſurdū illud emergeret qđ cōſtitutioni Seueri cauſam dedit, vt in vnius perſona duplex eſſet ſubſtitutio, in alterius verò, ſimplex: Æquè enim duplex eſſet in perſona fratris, vna ſcilicet vulgaris, altera militaris, ſicut in perſona pupillæ vna vulgaris, & altera pupillaris. Sed tamen cōtra ſubſtitutū reſcribit Imp. Alex. pro matre, Nō fauore vllo matris vt quidā ex interpretibus putāt, (nec enim aliud in agnato quolibet alióve legitimo ſucceſſore reſcribendū fuiſſet) Sed quia ſupradictæ cōſtitutiones omnes ad paganorū dūtaxat teſtamēta pertinēt, nō etiā ad militū voluntates, in quibus neq; leges, neq; cōſtitutiones Principū aliæ locum habent, quàm quæ militibus permiſerūt teſtari quomodo poſſint, & quomodo velint vt nuda militis voluntas pro iure ſer-

uetur

uetur ſicuti ſcriptum eſt *in l.1.in fin.eod.tit.* Idque apparet manifeſtè ex antitheſi verborum quibus Imp.vſus eſt in priore,& poſteriore parte legis. Sic enim initio legis ſcribit *In teſtamento quidem eius qui miles non fuit.* In poſteriore autem parte *Sed cùm ex teſtamento militis controuerſiam eſſe proponas*: & hic quidem ſicut primus,ita præcipuus interpretum noſtrorum omnium error eſt circa legis huius explicationem.Putant enim legis ſenſum hunc eſſe vt ſubſtitutio breuiloqua facta perſonis imparibus contineat vulgarem tantùm,non etiam ſubſtitutionem quam teſtator facere poterat ex priuilegio ſpeciali,niſi de eius voluntate probetur.Quæ Bartoli verba ſunt legis huius ſummarium proponentis.Itaque non dubitant quin aliud reſcripturus fuerit Imperator & reſcribere debuerit,ſi reciproca illa ſubſtitutio à milite facta eſſet perſonis paribus,id eſt duobus filiis impuberibus , quorum alter poſt agnitam patris hereditatem impubes deceſſiſſet.Quid verò ſi non filiã, ſed duos extraneos heredes ſcripſiſſet miles, cóſque inuicem ſubſtituiſſet, An reciproca illa ſubſtitutio non modò vulgarem,ſed etiam militarem caſum contineret? Videretur hoc conſequens interpretationi Bartoli & cæterorum,quia ſubſtitutio eo caſu facta eſſet non imparibus perſonis ſed paribus,& quibus æquè militariter in caſum quoque aditæ hereditatis ac vulgariter ſubſtituere miles potuiſſet.Denique ſi voluntas militis ea fuiſſe probetur vt in breuiloqua ſubſtitutione contineretur illa etiam ſubſtitutio quã teſtator facere poterat ex priuilegio ſpeciali,non dubitat Bartolus quin dicẽdum ſit potiores ſubſtituti quàm matris partes fore in pupillæ hereditate vindicanda,eámque eſſe ſententiam legis in poſtremis illis verbis *ſed tibi probandum eſt an ita frater tuus ſenſerit.* Quæ tamen omnia quàm falſa & abſurda ſint,facile eſt vel ex ipſis legis verbis animaduertere. Nam tametſi breuiloqua illa ſubſtitutio duobus filiis impuberibus à patre milite facta eſſet, non ideò tamen aliam ſubſtitutionem quàm vulgarem cõtineret,quia cùm breuiloqua ſubſtitutio ſui natura ſit vulgaris,non poteſt fieri vt trahatur ad pupillarem niſi ex authoritate conſtitutionis Diui Marci,quæ ob hanc cauſam neceſſaria in eam rem fuit.Atqui ea conſtitutio nõ niſi in teſtamento eius qui miles non fuit locum habet,vt lex præfatur. Non ergo fieri poteſt vt in teſtamento militis facta ſubſtitutio ſiue in vulgarem caſum expreſſum,ſiue per formulam breuiloquæ,trahatur ad pupillarem ſubſtitutionẽ:nec magis paribus perſonis facta ſit quàm ſi imparibus facta eſſet. Idque ab Imperatoribus Diocletiano & Maximiano apertiùs reſcriptum eſt *in l.precibus 8.C.de impub.& aliis ſubſt.* in cuius priore parte reſcribitur, ſi miles filio impuberi ſcripto heredi ſubſtituerit in primum duntaxat caſum , & impubes ille patri heres extiterit,tùm in pupillari ætate deceſſerit,hereditatem ipſius non ad ſubſtitutum ſed ad matrem omnimodo pertinere. Non alia vtique ratione quã quòd teſtator miles fuiſſet,cuius proinde nuda potiùs quàm iuſta voluntas ſpectanda eſt, & ex verbis quibus vſus fuit , non ex iuris interpretatione Principumque cõſtitutionibus æſtimanda.Hanc enim rationem verba legis illius bis inculcant, primùm eo loco *maritus quondam tuus miles defunctus*. Deinde illo *ſiquidem in patris militis poſitus poteſtate* vt mirum ſit non fuiſſe illam ab interpretibus,ſi Goueanum ferè vnum excipias,obſeruatam. Sed plura de eo nunc ſcribere nihil attinet , cùm tam multa iam ſcripſerimus de ſententia & lectione *d.l.precibus lib.15.Coniectur.* Illud monuiſſe ſufficiat,non ea ratione moueri Imp.Alexandrum *in d.l.in teſtamento,*

vt neget ſubſtitutionem factam filiæ impuberi in caſum vulgarem trahendam eſſe ad pupillarem,quod facta eſſet per formam breuiloquæ inter perſonas impares,ſed illa potiùs quòd à milite facta proponeretur,ad cuius teſtamentum aptari conſtitutiones Marci & Pij non poterant, quamuis duobus impuberibus ea ſubſtitutio breuiloqua facta fuiſſet.Multò magis dicendum eſt vt ad aliam hypotheſim ſuprà propoſitam veniamus, ſi miles duos non filios impuberes ſed extraneos heredes inſtituiſſet, cóſque mox inuicem ſubſtituiſſet,non habendos eos pro ſubſtitutis militariter in caſum aditæ quoque hereditatis,ſed tantùm pro ſubſtitutis vulgariter:quia quod vnum ſpectatur in teſtamento pagani qui heredes ſuos inuicem ſubſtituit, An vtrique heredum ſubſtituere potuerit *dict. l.quamuis 4.in fin.C.de impub. & aliis ſubſt.*& quidem *pari ratione*,vt hæc lex ait, non ſimiliter ſpectandum eſt in teſtamento militis,quem non ſufficit potuiſſe,niſi etiam voluerit,eámque voluntatem ſuam tam apertè declarauerit,vt ad eam ex coniecturis inducendam,neque iuris interpretatione aliqua opus ſit,neque conſtitutionibus vllis Imperatorum. Nam ſi eo quoque caſu qui conſtitutionibus Diui Marci & Diui Pij comprehenſus eſt ſubſtitutio vulgaris à milite facta ſiue per vulgarem formulam,ſiue per breuiloquam non trahitur ad pupillarem vt modò diximus,quantò minùs trahi poterit ad militarem,de qua nec Diui Marci aut Diui Pij,nec alia conſtitutio locuta vnquam fuit?Et tamen facta eſſet ſubſtitutio vtroque caſu perſonis paribus,& quibus in duplicem caſum pari iure ſubſtituere miles potuiſſet,In vulgarem iure communi, In militarem verò ex priuilegio & iure militari. Non igitur paritas perſonarum inſpicienda eſt cùm agitur de teſtamento militis, ſed vnum illud, quòd à milite factum ſit teſtamentum,in teſtamento autem eius qui miles fuit nullus ſit conſtitutionibus locus, ne tùm quidem cùm omnia illa concurrunt, quæ in teſtamento pagani poſſent ſufficere ad inducendam conſtitutionum poteſtatem.Multò minùs autem ſi talis ſpecies incidat quæ non ſolùm nulla conſtitutione,ſed nec paganorum exẽplo adiuuetur.Sed illud fortaſſe mirabilius videatur, quod addimus, Etiam probata militis voluntate illa, vt ſubſtitutio breuiloqua inter filiam impuberem & fratrem heredes inſtitutos facta contineret militarem,non ideò tamen ſtatim conſequens fore vt in huius legis ſpecie matrem vincere ſubſtitutus deberet.Nec enim de ſolis bonis patris inter matrem pupillæ & ſubſtitutum contendebatur, ſed de pupillæ ſucceſſione & hereditate,quam mater vindicabat ſibi ab inteſtato,ſubſtitutus autem ex teſtamento,vt probant verba illa *Et mater quidem inteſtata filiæ ſibi ſucceßionem defendebat,tu autem ex ſubſtitutione ad te pertinere contendis.*Ergo non tanquam ſubſtitutus militariter contendebat frater cum matre defunctæ impuberis,ſed tanquam ſubſtitutus pupillariter.Siquidem militaris ſubſtitutio non impedit quominus is cui facta eſſe dicitur legitimum heredem habeat,& ab inteſtato,quia nec ad bona illius pertinet, cui ſubſtitutus datus fuit,ſed ad bona ſolius teſtatoris qui ſubſtituendo militariter primo heredi,non heredi ſed ſibi heredem fecit, vt conſtat *ex d. l. precibus in fin.& ex l.centurio* 15.*D.eod.tit.de vulg.& pup.ſubſt.*vbi hæc nominatim differentia traditur à Papiniano inter ſubſtitutionem pupillarem, & militarem etiam impuberi factam quòd per pupillarem ſucceditur pupillo in bonis omnibus non ſolùm quæ à patre ſed & quæ aliunde habuit, per militarem verò nonniſi in bonis quæ à teſtatore prouenerũt cum fructibus repertis

Digitized by Google

pertis in hereditate. Nec mirũ, cùm iſti quos dicimus militares ſubſtitutos, non tam ſubſtituti dicendi ſint ſi partitè loqui volumus quàm inſtituti ex tẽpore poſtquam placuit inter cætera militarium teſtamentorũ priuilegia hoc vnum eſſe, quòd heredem ſcribere & ex tempore & ad tempus miles poteſt *l. miles ita 41. D. de teſtam. milit.* Quod cùm ſit, euenit ſanè vt qui ex tempore inſtitutus eſt, plerumque inueniatur ſecundo loco inſtitutus, puta ſi ſcriptus ſit heres poſt mortẽ alterius qui prior inſtitutus fuerit, quæ res fecit vt ſubſtitutus dici cœperit eo colore, quòd omnis ſubſtitutio ſit ſecũda inſtitutio vel ſecundi heredis, vt Vlpianus & Caius in Inſtitutionibus diffiniunt, quaſi è conuerſo quilibet ſecũdo loco inſtitutus poſſit æquè dici ſubſtitutus, quod non ita eſt. Nec enim iſta conuertuntur: Cùm vera ſubſtitutio æſtimetur ex delatione quæ ſecundo gradu facta ſit eiuſdem hereditatis quam teſtator alij prius delatam voluit, & quæ nunquam eadem hereditas eſſe deſierit, hereditas autem quæ à priore inſtituto ſemel adita fuit, deſiit exinde eſſe hereditas cœpitque fieri patrimonium heredis *l. 1. D. de ſeparat.* Sed neque perpetuò verum eſt eum qui à milite inſtitutus ſit ex tempore, ſecundo loco inſtitutum eſſe. Quid enim ſi miles nullo alio herede inſtituto ita ſcripſerit? *Titius poſt decem annos à die mortis meæ heres mihi eſto.* Erit Titius inſtitutus ex tẽpore, nec tamen ſecundo loco inſtitutus, cùm interim & toto medio tempore locum habeat cauſa inteſtati. Quemadmodum è contrario ſi ita ſcriptum eſſet *Titius vſque ad annos decem heres eſto* nemine ſubſtituto inteſtati cauſa poſt decem annos locum haberet *d. l. miles ita.* Igitur vt ad rem noſtram redeamus, Etiamſi ponamus voluntatem illam expreſſam fuiſſe militis vt filiã ſuam impuberem & fratrem ſuum heredes ſcriptos inuicẽ ſubſtitueret per breuiloquam non modò vulgariter, verùm etiam militariter, non eo minùs tamen falſum erit, quod interpretes ex eo inferunt, Totam hereditatem impuberis eo caſu ad fratrem peruenturam. Atqui de hoc tãtùm lex quærit, An huic filiæ impuberi ſuccedere debeat mater ab inteſtato an frater defuncti ex ſubſtitutione. Non ergo de ſubſtitutione militari reſcribere debuit Imperator, ſed de pupillari de qua ſola quærebatur & ex qua frater non teſtatoris bona ſed hereditatem pupillæ vindicabat. Quid igitur attinebat, inquies, rationem illam adferre pro ſubſtituto *iuris quidem ratio manifeſta eſt, licere militibus proprio priuilegio etiam heredibus extraneis poſtquam heredes extiterunt, mortuis ſubſtituere,* ſi de pupillari tantùm non etiam de militari ſubſtitutione reſcribendum erat? Reſpondeo fuiſſe illam rationem dubitandi quæ mouere poterat pro ſubſtituto, vt etiam in caſum pupillarem & aditæ hereditatis ſubſtitutus videretur, quòd non idcirco futurum eſſet, vt propter imparitatem perſonarũ in vnius perſona duplex ſubſtitutio, in alterius verò ſimplex inueniretur, cùm in fratris quoque perſona eſſet futura duplex vulgaris ſcilicet & militaris. Sed fortior decidendi ratio, quæ ab Imperatore non expreſſa ex iuris ratione ſupplenda eſt, illa fuit quòd ſi ob priuilegium iſtud militis admitteremus ſubſtitutionem breuiloquam à milite factam trahi debere ad pupillarem, probata ſola illa militis voluntate quod ſubſtitutionem vulgarẽ trahi voluerit ad militarem, neceſſariò inducenda erit poteſtas conſtitutionum Diui Marci & D. Pij in teſtamento militis ad inducendam pupillarem de qua quid miles ſenſerit nihil probetur. Atqui conſtitutiones illas certum eſt in teſtamento militis locum non habere. Parum igitur proderit quod probetur miles voluiſſe vt ſubſtitutio porrigeretur ad vtrumque in caſum

Digitized by Google

aditæ hereditatis, niſi probetur etiam voluiſſe vt nominatim ad caſum pupillarem vulgaris ſubſtitutio traheretur. Alioqui abſurdum illud ſequeretur quod etiam in pagani teſtamento poteſtate conſtitutionis impediret, quod in perſona quidem fratris duplex tantùm ſubſtitutio eſſet, Vulgaris vna militaris altera: ſed in pupillæ perſona triplex eſſet, Prima vulgaris in caſum abſtentionis, ſecunda pupillaris ab inſtanti acquiſitæ paternæ hereditatis ad ſupremum vſque diem completi anni decimi quarti. Tertia militaris ab anno decimoquarto completo vſque ad finem temporis quòd teſtator ſubſtitutioni præſcripſerit. Etſi enim pupillaris & militaris in hoc conueniunt, quod vtraque fieri ſolet in caſum acquiſitæ hereditatis, quamuis non ſemper (puta ſi pupillaris facta ſit exheredato, aut militaris poſt mortem legitimi heredis) Differũt tamen tota ſpecie nec tantùm nomine, ſed etiam in effectu rei quia per pupillarem, vt iam dixi, ſucceditur pupillo per ſe ac immediatè, per militarem verò ſoli teſtatori: Per pupillarem iure communi, per militarem verò iure ſpeciali ac militari. Denique per pupillarem vſque ad pubertatem, per militarem ad quantum vſque tempus miles eam extenderit, *dict. l. centurio*. Porrò nemo negauerit tam abſurdum & incongruens eſſe vt breuiloqua ſubſtitutio contineat duplicem ſubſtitutionem in perſona vnius, & triplicem in perſona alterius, quàm inconueniens viſum eſt Seuero & Antonino, vt in vnius perſona ſubſtitutio ſit ſimplex, in alterius verò duplex. Et ſemper verũ eſt ſubſtitutionẽ factam per verbum commune non alios caſus poſſe comprehẽdere quàm qui ſint communes vtrique ſubſtituto *d. l. quamuis in fin.* Ita vt nec ſufficiat quod potuerit teſtator vtrique ſubſtituere, niſi etiam illud concurrat vt potuerit ſubſtituere vtrique pari ratione, quomodo ſcriptum eſt in hac lege, nemo autem dixerit pari ratione potuiſſe militem in ſpecie noſtra ſubſtituere & filiæ impuberi & fratri, cùm filiæ quidem potuerit ſubſtituere non ſolùm vulgariter & militariter, ſed etiam pupillariter, fratri verò non niſi vulgariter, aut militariter. Atque in hoc errauit Baldus non minùs quàm cæteri *ad hanc legem num.* 7. vbi poſtquàm dixit verba illa *an ita frater tuus ſe ſenſit* duplicem habere ſenſum, primum illum, An ſenſerit quod tu debeas vocari ex ſubſtitutione pupillari, alterum hunc An ſenſerit quòd hæc ſubſtitutio porrigatur directè ad vtrumque etiam poſt aditam hereditatem. Concludit tandem ſibi magis placere poſteriorem interpretationem, deceptus vt fatetur ex ſupradictis verbis legis quibus dubitandi ratio pro ſubſtituto continetur: nec animaduertens conſultum fuiſſe Imperatorem non de militari, ſed de pupillari ſubſtitutione, vtrum ad eam breuiloqua porrigeretur. In quo nihil eſt quod de militari priuilegio tractetur, cùm priuilegium militis nullum ſit vt poſt pupillares annos poſſit ſubſtituere pupillariter, aut vt in militari ſubſtitutione facta extraneo poſſit contineri pupillaris, aut contrà, Vt in ſubſtitutione militari facta filiæ impuberi, pupillaris non contineatur. Ex his apparet quàm inepta ſit eorum interpretatio qui verba illa *ſed tibi probandum eſt an frater tuus ita ſenſerit*, ſic accipiunt, vt tamen ea voluntas ſatis probata intelligatur hoc ipſo quòd non probatur contrarium. Ita transferentes in matrem onus probandi quod ex tam apertis verbis legis incumbit ſubſtituto. Sed & illorum longè ineptior ſententia eſt, qui legem ſic intelligunt, vt quamuis reciproca ſubſtitutio facta perſonis imparibus à

pagano

Digitized by Google

pagano non contineat niſi ſolas ſubſtitutiones vulgares quæ per aditionem hereditatis expirant. Tamen ſi à milite fiat impuberi & fratri coheredibus inſtitutis,non expirat per aditionem,ſed continet pupillarem in perſona pupilli,& militarem in perſona fratris. Et ideò pupillo mortuo in pupillari ætate mater excludatur, niſi per aliqua extrinſeca probetur voluiſſe teſtator contrarium. Qua interpretatione nihil certè dici potuit,aut à iuris ratione, aut à verbis legis alienius. In hoc tamen interpretes omnes conſentiunt differre hac parte teſtamentum militis à teſtamento pagani, licèt in explicanda & inquirenda differentia valde laborent, quæ tamen & ex ſupradictis ſatis colligitur,& ex aliis quæ nos in eandem legem ſcripſimus *lib.15.Conieſt.cap.* 11.vnde plura petere poterit ſi quis erit cui hæc minùs ſatisfaciant. Apparet denique ex iis quæ diximus teſtamentum militis non reduci ad ius commune, neque ex eo accipere interpretationem, Ne quidem in fauorabilibus qualis eſt ſubſtitutio pupillaris: ſed nudam militis voluntatem nulla iuris poteſtate adiuuandam ſpectari oportere. Quam præcipuè in rem,caput hoc ſuperiori coniunximus.

ERROR OCTAVVS.

De teſtamentaria ſucceſſione militis condemnati ex vetere & nouo iure.

CVM de militis condemnati ſucceſſione teſtamentaria quæritur, conſtat inter omnes diſtinguendum eſſe an ex communi delicto condemnatus ſit, an ex militari. Primo caſu nullum eſſe teſtamentum quod ſiue antè, ſiue poſt capitalis ſupplicij condemnationem miles fecerit, tanquam ab eo conditum qui poſtea per irrogatam pœnam capitalem ſeruus pœnæ effectus ſit. Certum enim eſt ſeruum non magis poſſe decedere cum teſtamento quod ante ſententiam fecerit, quàm teſtari poſt ſententiam & condemnationem. *l. ſi quis filio 6. §. ſed & ſi quis D. de iniuſt. rupt. & irrit. fact. teſtam.* Altero autem caſu ſolere concedi militi condemnato vt de bonis caſtrenſibus teſtetur, *dict. §. ſed & ſi quis.verſic. niſi fortè miles fuit.* Nec tantùm ſolet id permitti,ſed etiam debet,id enim eſt quod ait *l. 1. D. de veteran. & milit. ſucceſſ.* militi qui capite puniri meruit, teſtamentum facere concedendum. Quæ locutio ſatis oſtendit poſtulare militem debere ab eo ipſo iudice,à quo condemnatus eſt, hanc teſtandi licentiam: Alioqui non licebit militi teſtari ne quidem de caſtrenſibus ſi non ſpecialiter id ei conceſſum ſit, & ita accipiendum eſt quod Vlpianus noſter ſcribit *in leg. ex militari 11. in princip. D. de teſtament. milit.* Ex militari delicto capite damnatis teſtamentum facere licere,vt apparet *ex leg. cùm hic ſtatus 32. §. ſi miles D. de donat. int. vir. & vxor. leg. ſi quis in principio 22. §. miles. de legatis 3.* qui locus etiam probat ipſa ſententia quæ capitis condemnationem irrogat, permiſſionem hanc concedi debere, ne ſera nimis & contra leges futura ſit ſi aliquo quantumlibet breui interuallo ſequatur condemnationem, quia non in alterius quàm ſupremi Principis poteſtate eſt, vt ei qui iam ſeruus pœnæ effectus fuit reſtituat amiſſam teſtandi facultatem. Illud verò notatu dignũ eſt

quod priuilegium hoc ſicuti datur militibus, tanquam militibus, Ita nec ad alios milites pertinet, quàm qui ex militari delicto cōdēnati ſint, vt diximus, nec ad alia bona quàm quę in caſtris quæſita fuerint, nec ad aliud teſtandi genus quàm ex priuilegio militari, Vt eleganter ratiocinatur Vlpianus noſter *in d.l.ex militari.* Iunct. *d.l.1.in fin.D.de veteran.& milit. ſucceſſ.* In quo mirū eſt, quòd miles non ex communi ſed ex militari delicto condemnatus facilius obtineat facultatem teſtandi ex priuilegio militari quàm ex iure communi: cùm è contrario dicendum potiùs videretur omni priuilegio carere illum debere qui aduerſus militares leges deliquerit, vt proprium militare delictū propria quoque & militari pœna c. erceretur *l.2.D.de re milit.* iunct. *l.auxilium 38.in fin.D.de minor.* Siquidem priuilegia militaria nō niſi præmij loco bene merentibus tributa ſunt *l.milites 13.§.1.De re milit.l. teſtamenta 26. §.1.D.de teſtam.milit.* vbi ex hoc infert Macer, Ius teſtandi de caſtrenſi peculio quod filiisfamilias militantibus conceſſum eſt ad eos qui ignominię cauſa miſſi ſint non pertinere. Sed rationem illud hanc habet, quod quiſquis capite damnatur ex quocunque tandem crimine ſiue communi, ſiue militari, ſtatim amittit factionem teſtamēti idq; communi iure, quia ſtatim fit ſeruus pœnæ, Nec minùs iure militari inteſtabilis eſt quiſquis ſeruus pœnę effectus eſt, quia nec ſeruus miles eſſe poteſt *l.ab omni militia 11.D.de re milit.* nō magis quàm teſtamenti factionem vllam ſi non indulgeatur retinere. Amiſſa porrò teſtandi facultate ex iure tam communi quàm militari, facilius eſt vt per militarem iuriſdictionem reſtituatur aut potiùs reſeruetur condemnato licentia teſtandi ex priuilegio, quàm ex iure communi, quia neque ius commune ex perſona militis immutari poteſt, neque iudex militaris ſe vllomodo interponere in ea re quæ ad ius commune pertineat. Nec enim priuilegia militum ſunt ex iure communi, ſed contra ius commune, ideoq; nimirū priuilegia id eſt priuatæ leges dicuntur, ad differentiam communium quæ omnes tenent. Eſt ergo conuenientius, tùm quoque cùm ex militari delicto miles condemnatus eſt, vt permittatur ei teſtari ex priuilegio militari, quàm vt ex iure communi: Sicut & minùs abſurdum eſt dari eam licentiam militi capitis damnato, quàm conſeruari illi qui ignominiæ cauſa miſſus ſit *d.l. teſtamēta §.1.* Siue quòd odioſior ſit is, qui ignominiæ cauſa miſſus, quàm qui ob crimen aliquod militare condemnatus eſt, (ſunt enim delicta pleraque militaria quę licèt nunquam iuſtam, tamen honeſtam cauſam aliquam habēt potiùs quàm ignominioſam vt ſi quis rem à duce prohibitam fecerit eiuſq; mandata non ſeruauerit, & tamen benè rem geſſerit *l.3.§.in bello D.de re milit.* quamuis ignominioſa miſſio ſit quoque vna ex pœnis militaribus *d.l.3.§.1.l.qui cum vno 4.§.ignominia miſſus eod.*) ſiue potiùs quòd qui per ignominiā militia mittitur, quemadmodū ex milite fit paganus, ita eo ipſo inſtanti quo priuilegia omnia militum amittit, redditur iuri communi, à quo nec vnquā excidit. Non enim ideò dantur priuilegia vt ius commune auferatur, ſed potiùs vt iuri communi etiam ſpeciale adiiciatur. Itaq; ſatis ei eſſe debet, quod facultatem teſtandi ex iure communi ſaluam retineat. Quod non ſimiliter euenit in perſona militis condemnati, qui ex inſtanti cōdemnationis vtramque amitteret, ſi non ex indulgentia Iudicis licentiam teſtandi ex militari iure retineret. Cæterùm quod placuit hanc licentiam teſtandi non eſſe concedendam militi condemnato niſi ratione bonorum caſtrenſium, vt diſertè ſcriptum eſt, *in d.l.ex militari & in l.& militibus 13.C.eod.* tantò magis ſuadere debuit,

Digitized by Google

debuit,vt non niſi ex iure ac priuilegio militum teſtari ei permittatur. Facilius enim eſt,vt priuilegium militare conſeruetur ratione bonorum caſtrenſium quàm cæterorum, quemadmodum è cõuerſo difficilius eſt vt de bonis caſtrẽſibus liceat teſtari iure communi,quàm vt iure militari, quia & totum ius militare caſtrenſe eſt. Vnus tamen caſus ab Vlpiano excipitur *in d.l.ex militari*, quo miles capite punitus teſtandi licentiam impetrare non poteſt, ne quidem de bonis caſtrenſibus, ſi fuerit ideò condemnatus quòd ſacramẽti fides rupta ſit,puta ſi proditor fuit vel transfuga.Hi enim non ſolùm capite plerunque puniuntur, ſed etiam exauctorantur,primùm vt torqueantur, quia pro hoſte nõ pro milite habẽtur *l.proditores 7.D.de re milit.*Ideóq; & ad beſtias & in furcam damnari ſolent,quamuis milites nihil eorum patiantur *d.l.3.§.is qui ad hoſtem eod.tit.* Vt intelligamus milites qui ex militari delicto capite puniuntur,puniri tanquam milites, & ideò ſicuti militum nomen adhuc retinent,ita non eſſe illos hac parte ſeruos pœnæ,quod ſatis innuit Vlp. *in d.verſ.ſed & ſi quis*, vbi poſt verba illa,*Nam ſeruus pœna efficitur*,ſubiicit exceptionem *niſi fortè miles fuit*,Nec proinde omnino indignos qui priuilegium aliquod militare retineant,quale illud eſt,vt poſſit eis permitti teſtari, dummodò non niſi de bonis caſtrenſibus,nec niſi iure militari,quamuis cõtra militares leges deliquerint & tanquam milites. Id enim proprium militare delictum eſt, quod quis vti miles admiſit *d.l.2.eod.tit.* Nec exauctorari ſolent milites qui militariter deliquerunt, ſed ex quibuſdam tantùm cauſis, vt *in d.l.3.§.pen.d.l.4.§.non omnis d.l.proditores 7.l.vlt.eod. tit.* At iure communi teſtari nunquam eis permittitur, quia vt dixi caſtrenſis iuriſdictio quæ dat hanc licentiam, tota ſeiuncta eſt à iure communi, & implicat contradictionem vt ius commune violetur à iure communi,at non etiam vt violetur per priuilegium militare,quod cùm poſſit ſufficere ſuperuacuum eſt petere, vt idem iure communi concedatur.At bella hîc inſurgit quæſtio,quid hodie iuris obtineat ſiue miles,ſiue paganus quiſpiam poſt irrogatam capitis condemnationem teſtari velit. Nam ſuperiora quidem ex iuris veteris ratione veriſſimè diſputantur, quæ faciebat,vt pœnæ ſeruus fieret quiſquis ad pœnã capitis & vltimi ſupplicij damnatus eſſet *d. l.ſi quis filio 6.§.ſed et ſi quis.D.de iniuſt.rupt.* Sed cùm hodie iure nouo quod Iuſtinianus in Nouellis induxit nemo benè natus pœnæ ſeruus fiat Nouell.22.*De nupt.cap.* 8. §. *quod autem*, vnde ſumpta eſt *Auth.ſed hodie C.de donat.int.vir.& vxor.*conſequens videtur,vt etiam qui capite damnatus eſt poſſit hodie teſtari, nec tantùm miles impetrata vt olim licentia teſtandi ex priuilegio militari,ſed etiam paganus quilibet,iure communi. Atque ita in pagano de conſuetudine vbique ferè gentium recepta obſeruari teſtatur Iul.Clar.*lib.3.ſentent.in §.teſtamentũ quaſt.* 21.ſic tamen vt miretur nec abs re,conſuetudinem hanc, quaſi iuri communi contrariam,& tamen ſubiicit,non eſſe ab ea in practica recedendum. Quo admiſſo vt ſaltem ex conſuetudine, quamquam inuitis legibus,vt dicemus in ſequentibus, paganus hodie etiam poſt capitis condemnationem teſtari poſſit iure communi, (ſcilicet ſi non tale crimen ſit quod vel ex iure communi vel ex regionis legibus aut moribus pœnam irroget confiſcationis vniuerſorum bonorum, quo caſu fruſtra quæreretur de danda teſtandi licentia ei qui bona nulla relinqueret, nec relinquere poſſet *l. lex Cornelia* 28.*ad fin.D.de vulg.& pupill ſubſt.*) Quæro An nõ igitur & miles capite cõdemnatus teſtari poterit etiam nulla impetrata licentia, & quidem non tantùm

Digitized by Google

de bonis caſtrenſibus,ſed etiam de paganicis, adeoq; iure communi? Nam & conſuetudo vim legis obtinet, ſic videtur, ne alioqui ſiue noua conſtitutio,ſiue conſuetudo,quæ paganis quoque fauet,deteriorem fecerit cōdicionem militum quæ hac parte ſemper melior fuit quàm paganorum. Verùm ego contrà puto, nihil ſcilicet immutatum eſſe aut immutandum quantum ad milites,ſi modò ex militari nō ex communi delicto ſint condemnati,Nec enim id Iuſtinianus egit,vt in militaribus pœnis quicquam innouaret, inter quas vna hæc eſt,quòd miles capite condemnatus amittit factionem teſtamenti, niſi quatenus ei permiſſa fuit ab eo ipſo Iudice qui cōdemnauit. Idq; ex Principum conſtitutionibus, præſertim verò ex illo reſcripto Hadriani, quod Vlpianus refert *in d.l.ſi quis filio §.ſed & ſi quis,ver.ſic.niſi fortè miles fuit.* Nam cùm Hadrianus reſcripſit concedendum eſſe militi ad pœnam capitalem damnato vt teſtetur de caſtrenſibus,hoc ipſo prohibuit ne de cæteris teſtari poſſet *d.l.& militibus.C.de teſtam.milit.* Cui prohibitioni nemo dixerit ſupradicta Iuſtiniani Nouella quæ tam abſurdæ conſuetudini cauſam dedit, quicquam derogatum fuiſſe, aut de militaribus pœnis imminutum. Planè quod olim obtinebat vt non niſi iure militari de caſtrenſibus teſtari poſſet, hodie dicendum eſſet admiſſa illa conſuetudine pro iure correctum eſſe,eiq; permittendum à iudice,vt teſtari poſſit etiam iure communi. Ceſſaret enim hodie ratio illa ab Vlpiano allata *in d.l.ex militari*:quòd ei non niſi quaſi militi ius teſtandi tribuatur: Cùm ſi miles non eſſet,tantò liberiorem de bonis ſuis etiam paganicis & iure communi teſtādi poteſtatem à iure ipſo cōmuni & conſuetudinario haberet,nec ſpeciali conceſſione vlla indigeret: Vt non tam priuilegiū militis hodie ſit quale olim fuit, quòd teſtari poſſit de bonis caſtrēſibus & iure militari,quàm pars quędā pœnæ quòd nō æquè de cæteris bonis paganicis iure cōmuni permittatur ei teſtari,quod pagano cuilibet ex quacunq; cauſa cōdemnato permitteretur,dum ne cōfiſcatio bonorū omniū eſſet irrogata. Sed ſi poneres cōdemnatū militē ex delicto cōmuni,nō dubitarē ſuppoſita cōſuetudine,quin huic permiſſum eſſet teſtari nec tantùm de bonis paganicis,ſed etiā de caſtrēſibus,ſed tamē iure duntaxat cōmuni,quoniā ad hunc caſum neq; priuilegia,neque ſupplicia militaria extēduntur,cùm etiā iure vetere miles qui nō militare ſed cōmune delictū admiſiſſet,nō tam pro milite hac parte quàm pro pagano haberetur,vt cōſtat *ex d. l.1. in fin.D. de veteran.et milit.ſucceſ.d.l.ex militari,*& aliis ſuprà citatis.Quidni enim partim pro milite,& partim pro pagano,itemq; partim pro ſeruo pœnæ,partim pro libero haberi potuiſſet, qui duorū hominū vicē gerere credebatur facto teſtamēto de caſtrēſibus *l.ſi certarū 17.§.1.D.de teſtam.milit.* Ita fiet vt melior hodie ſit cōdicio pagani de capitali crimine quàm militis ob crimen militare damnati,quia paganus ex cōſuetudine de bonis ſuis omnibus teſtari hodie poteſt, nulla impetrata licentia, & ex iure communi,Miles verò ex militari delicto condemnatus,non niſi de caſtrenſibus,idq; & iure militari nō communi,& licētia demùm impetrata. Melior verò militis ex communi delicto condemnati,quàm ex militari, quia cōdemnatus ex delicto communi teſtari hodie poteſt etiam de paganicis nedum de caſtrenſibus iure communi,condemnatus autē ex militari de ſolis caſtrenſibus.Melior denique militis condemnati ex delicto militari quàm olim fuerit, quia cùm non poſſet olim teſtari miles, etiam de caſtrenſibus niſi & iure militari, & impetrata licentia, hodie poteſt & iure communi,& nulla licentia impetrata niſi cùm

vult

Digitized by Google

vult teſtari iure militari. Quæ omnia iure vetere longè aliter, vt diximus, obtinebant, & obtinerent etiam hodie niſi conſuetudo illa quam retulimus iuri communi hac parte derogaret. De quo tamen ſequenti Decade latiùs dicemus.

ERROR NONVS.

De militis condemnati & inteſtati legitima ſucceſſione, ac primùm in bonis caſtrenſibus.

TRACTATVS difficilior eſt de legitima militis condemnati & inteſtati ſucceſſione, propterea quòd ex variis iuris noſtri locis qui ad hunc tractatum pertinent, nonnulli ſunt qui pugnare inuicem videantur, & quorum conciliatio interpretibus omnibus perdifficilis non immeritò viſa eſt. Extat enim conſtitutio Imperatorum Valeriani & Galieni *in l. & militibus* 13. *C. de teſtam. milit.* quæ de vtraque militis condemnati ſucceſſione & teſtamentaria & legitima definit in hæc verba, *Et militibus noſtris, Centurionibus quoque ob flagitium militare damnatis non aliarum quàm caſtrenſium rerum teſtamentum facere permittitur, & inteſtatis iure proprio ſucceditur à fiſco.* Quibus poſtremis verbis apertiùs nihil ſcribi potuit pro fiſco, non alium ſcilicet quàm fiſcum ab inteſtato ſuccedere in bonis militis qui ob flagitium aliquod militare damnatus eſt. At Papinianus cōtrà *in l. 2. D de veteran. & milit. ſucceſſ.* disertè ait Bona militis inteſtati defuncti caſtrenſia fiſco non vindicari, cùm heres legitimus ad finem quinti gradus exiſtit, aut proximus cognatus eiuſdem gradus intra tempus poſſeſſionē acceperit. Nec aliter Iurec. Macer. *in l. 1. ead. tit.* ex Pauli & Menandri ſententia ſcribit Militi qui capite puniri meruit, teſtamentum facere concedendum, eiúſque bona inteſtati ſi punitus ſit ad cognatos eius pertinere, ſi tamen ex militari delicto non ex communi punitus eſt. Noſtri vulgò ſic conciliant poſt Accurſium *in d. l. & militibus* vt bona paganica hac parte ſeparanda ſint à caſtrenſibus, Et in caſtrenſibus quidem agnati ſuccedant & cognati vſque ad quintum gradum *ex d. l. 1. & 2. de veteran. & milit. ſucceſſ.* In paganicis verò ſolus fiſcus excluſis omnibus agnatis & cognatis. Atque ita accipi volunt *d. l. 1. & 2.* vt loquantur de ſolis caſtrenſibus, Itémque *dictam l. & militibus*, vt de ſolis paganicis. Pro qua ſententia facit quod cùm prior pars *dictæ l. & militibus* loquatur de cauſa teſtati, déque bonis ſolis caſtrenſibus, tanquam de quibus ſolis permittendum ſit militi condemnato vt teſtetur, conſentaneum videtur vt poſterior pars, ſicuti loquitur de milite inteſtato, ita de iis ſolis bonis accipi debeat de quibus teſtari non licet militi cōdēnato, Ergo de ſolis paganicis vt perfecta & abſoluta ſit antitheſis. Facit etiā quòd Papin. *in d. l. 2. de vet. & milit. ſucceſſ.* cùm ſcripſit bona militis inteſtati defuncti fiſco nō vindicari, nominatim adiecit *caſtrenſia*, non aliam vtiq; ob cauſam, vt videtur, quàm ad diſtinctionem & excluſionē paganicorū. Neque ab hac interpretatione abhorret vir doctiſſimus Iacob. Cuiacius, *ad l. ſi quis filio 6. §. eius qui deportatur, in fin.* vbi diſtinguit, & benè militem condemnatum ab eo qui mortuus ſit ante condemnationem. Nam ſi miles moriatur indemnatus, ait æquè latè patere legitimam eius vel honorariam ſucceſſionem, atque pagani. Nec proinde circumſcribi eā quinto

Digitized by Google

gradu ſiue agnatorum ſiue cognatorum *ex d.§.eius qui deportatur in fin.* Sed ſicut pagano ita militi hoc caſu ſuccedi vſque ad ſeptimum,inquit, gradum. Et hoc quoque rectè ſi ad cognatos reſtringatur, ſed non etiam ſi ad agnatos referatur,quos conſtat etiam vltra ſeptimum gradum ſuccedere, & ſaltē vſq; ad decimum *l.octaui gradus* 9. iunct.*l.1 §.hac autem bonorum poſſeſsio D. vnd.cognat. & §.vlt.Inſt.de ſucceſſ.cognat.* Adeóque ni fallor etiam vltra decimum,& quamuis longiſſimo ſit gradu vt Iuſtin.loquitur *in §. caterùm 3. D. de legit.agnat ſucceſſ.* Decimum enim gradum pro exemplo non reſtitutionis gratia poſuit idem Iuſtin.*in d.§.vlt. Inſt. de ſucceſſ. cognat.* Poſt agnatos verò aut cognatos,id eſt deficientibus iis ſiue quòd nulli ſint,ſiue quod qui ſuperſunt nolint ſuccedere nec prætorio iure nec ciuili,conſtat admitti legionem in qua miles fuit,nō fiſcum *d.§.eius qui deportatur in fin. & l.2 C de hered decur.* Nam quod cōtrà ſcriptum videtur *in d.l.2.D.de veteran.& milit ſucceſſ.* bona militis inteſtati defuncti fiſco vindicari ſi neque agnatus neque cognatus quiſquam extiterit intra quintum gradum quivel legitimam hereditatem iure ciuili adierit,vel bonorum poſſeſſionem acceperit,intelligēdum ſanè eſt de inteſtato milite condemnato,vt idem Cuiacius benè interpretatur,ſumpta coniectura,*ex l.1.eod.tit.* quæ de milite capitis condemnato apertè loquitur,& ex inſcriptione *d.l.2* quæ eſt ex Papiniani *lib.16. reſponſorum,* in quo de reis duntaxat capitalium criminum diſputauit. At militis condemnati ſucceſſio,inquit Cuiacius,ab inteſtato anguſtior eſt quàm pagani in caſtrenſibus quoque bonis:fiſcum enim vocari deficiente quinto gradu, cùm tamen ad inteſtati pagani ſucceſſionem,nec antè ſeptimum gradum cognatorum vocaretur,nec quandiu ex agnatis quiſquam ſupereſſet. In quo tamē miror nec poſſum probare quod vir doctiſſimus confert hac parte ſucceſſionem militis cum ſucceſſione pagani. Nam ſi ſenſit de pagano non condemnato,quomodo illum ſenſiſſe neceſſe eſt,quid attinebat monere anguſtiorem eſſe ſucceſſionem inteſtati militis condēnati,quàm pagani non condemnati? Quis tam ſtolidus fuiſſet vt de eo dubitare aliquomodo potuiſſet. Si verò ſenſit de pagano æquè ad capitis pœnam condemnato,apertè falſum eſt anguſtiorem eſſe militis inteſtati ſucceſſionem,quàm pagani,cùm paganus ad mortem damnatus,non magis ab inteſtato quàm ex teſtamento heredem habere poſſit,non tam ratione illa ſola quòd ſeruus pœnę effectus ſit per ſententiam *d.l.ſi quis filio §.ſed etſi quis de iniuſt.rupt.* Quàm quòd multò magis ciuitatem amiſerit,qui amiſit etiam libertatem *l.qui vltimo* 29. iunct. *l.ſunt quidam* 17.*D.de pœn.* Nam & in eo qui deportatus tantùm eſt,licèt retineat libertatem,& ſolam amittat ciuitatem,idem tamen haud dubiè obtinet,vt neque teſtamentarium,neque legitimum heredem habere poſſit,nec alium denique ſucceſſorem quàm fiſcum,non magis quàm ſi ad mortem dā natus eſſet,quia ſcilicet ius ſuccedendi & habendi heredis ſiue ex teſtamento,ſiue ab inteſtato eſt ex legibus ciuitatis *l.lege obuenire* 130.*de verb. ſignific.* quarum porrò commercium nullum retinet quiſquis amittit ciuitatem, tametſi retineat libertatem. Vnde fit vt prætextu conſtitutionis Iuſtin.quæ neminem benè natum ex ſupplicio fieri ſeruum patitur,de qua ſuperiori capite ſcripſimus,non poſſit defendi damnatos vltimo ſupplicio poſſe teſtari quia licèt non amittant hodie libertatem perinde tamen ac olim amittunt ciuitatē:item vt hac parte nihil interſit an morte quis adficiendus ſit an deportatione

portatione & quod ad hoc vt fiſco locus fiat *l.3.§.vt autem D.de bon.eor.qui mort.ſib.conſciuer.* Damnatione enim bona publicantur quoties aut vita aut ciuitas adimitur, aut ſeruilis condicio irrogatur, *l.1.in princip.D.de bō. damnat.* vbi ſeruilem condicionem intellige quæ irrogata ſit per modum pœnæ, non de illa quæ irrogatur per omnem ſentētiam capitalem hoc ipſo, quòd ſeruus pœnæ efficitur quiſquis ad mortem damnatur: Hæc enim & irrogatur per ſententiam & finitur per executionem ſententiæ. Illa verò de qua *in d.l.4.* irrogatur ſaluâ vita, quamuis non etiam ſalua ciuitate. Itaque poterat ſufficere Calliſtrato *in d.l.1.* vt duos tantùm caſus illos exprimeret ademptæ per ſententiam, vel libertatis, vel ciuitatis, aut ſi maluiſſet, vel vitæ, vel ciuitatis. Tertium enim illud membrum quod addit, irrogatæ ſeruilis condicionis poterat vtique contineri, ſecundum priorem quidem locutionem in caſu ademptæ libertatis, ſecundum poſteriorem verò in caſu ademptæ ciuitatis. Quamuis in aliis pleriſque caſibus multùm interſit an ſola ciuitas an etiam libertas adimatur, quia ſeruitus morti paſſim adſimilatur, non etiam ſemper deportatio *l.ſed ſi alia 5.eod.tit.de bon.dānat.l.intercidit 57.de cōdic.& demonſtr.* Adeò autem is qui deportatur heredem nullum habere poteſt ſiue ex teſtamento, ſiue ab inteſtato, vt quamuis poſſit etiam poſt deportationem emere, vendere, aliáque huiuſmodi facere quæ ſunt ex iure gentium cuius ille capax manet, ita vt quæ ille poſt deportationem acquiſiuerit, non ſequantur fiſcum *l.ſi mandauero 22.§.is cuius bona D.mandat.* In iis tamen ipſis bonis, quæ poſt deportationem quæſita ſunt, certum ſit non alium quàm fiſcum ei mortuo ſucceſſorē fore niſi ante mortem & ciuitati, & bonis ſuis omnibus reſtituatur *l.deportatus 15. D.de interd. & releg.l.3.D.de ſent.paſſ.& reſtit.* Idque eſt quod Paulus ſcribit *in l.cùm ratio 7.D.de bon.damnat.in §.vlt.* quem Cuiacius ipſe reſtituit *lib. 6. obſeruat. cap. 31.* Deportatum quia ciuitatem amiſit, heredem habere non poſſe & acquiſita fiſcum accipere, ſcilicèt non eo tempore quo acquirūtur, ſed quo tractari poteſt de habendo herede, id eſt poſt mortem demum deportati. Cui conuenit quod Imp. Alex. reſcribit *in l.2.C.de bon.proſcript.* Deportatos nec earum quidem rerum quas poſt pœnam irrogatam habuerint, heredem habere poſſe, Nimirum poſt mortem ſuam. Neque enim de herede dato ei, qui adhuc viuat tractari poteſt. Ergo & quod in ea lege ſequitur *ſed & ha publicabuntur* non alium ſenſum habet quàm vt hæ res poſt deportationem acquiſitæ poſt mortem demùm publicentur. Quare non pugnat quod tāquam ex diametro contrarium obiici ſolet *ex d.§.is cuius bona l.22 mandat.* vbi ſcribit Paulus ea quæ poſt deportationem acquiruntur non ſequi fiſcum. Sic enim accipi debet vt non ſequantur viuo deportato qui interim & alienare illa poteſt, & pignori dare dum ne in fraudem fiſci, quorum omnium nihil eſt quod facere poſſit in bonis iam publicatis *d.l. deportatus 15. de interd. & releg.* Sequantur tamen mortuo demum deportato, qui numquam fuerit reſtitutus ſi eo tempore nondum alienata inueniantur. Et ita conciliari debet Paulus cum Alexandro, non quomodo conciliat Cuiacius *ad l.eius qui 8.§. 1.D.qui teſtam.facer. poſſ.* vbi generalem illam Pauli ſententiam, quæ extat *in d. §. is cui bona* pertinentem ad omnes omnino quorum bona publicata ſunt, reſtringit ad eos quibus publicatio irrogata ſit citra capitis diminutionem & ſalua ciuitate, id eſt ad relegatos, vt excludat deportationem, quod eſt prorſus improbabile. Sicut & illud quod alij nonnulli adferunt tāquam

Digitized by Google

exemplum ad ſupradictam Pauli ſententiam ex *l.cotem* 11.*§.pen.D. de publican.& vectig.*vbi ſcribitur ex eodem Paulo, Eam rem quæ ob non ſolutum vectigal commiſſo vindicata eſt, dominum emere non prohiberi vel per ſe, vel per alios, quibus hoc mandauerit. Aliud enim eſt loqui de re certa quæ fiſco commiſſa & vindicata ſit ſaluo ſtatu perſonæ vt *in d.§.pen.*aliud verò de eo cuius bona publicata ſint, quod nunquam contingit, niſi ex alicuius criminis cauſa quod vel adimat ciuitatem, vel ſaltem oneret famam & exiſtimationem *l.pen.D.de var.& extraord.cognit.*Quanquam vtroque caſu permittitur condemnato etiam deportato vt emat, permutet, alióſque huiuſmodi contractus ineat qui ſunt ex iure gentium *d.l.deportatus* 15. *de interd. & releg.* An quia quandiu deportatus viuit, ſperari poſſit fore vt quandoque in ciuitatem reſtituatur? Ita nonnulli putant, ex *dicta lege intercidit* 57. *de condic. & demonſtr.* Sed parum probabiliter. Alioqui etiam ea, quæ iam ipſo deportationis tempore quæſita haberet, ſeruanda ei eſſent, cùm ſecuta plena reſtitutione ſubinde ſint ei reſtituenda *l.1.C. de ſententiam paſſis & reſtitutis.* Ratio igitur eſt quia cùm per deportationem amittat tantùm ciuitatem, retineat verò libertatem remanet capax eorum omnium, quæ ſunt iuris gentium, & conſequenter acquirendi per eos modos qui iure gentium proditi ſunt, Acquirendi, inquam, etiam cum effectu, id eſt ita vt acquiſita bona poſſit alienare & pignori dare pro arbitrio dum ne quid in fraudem fiſci ab eo factum fuiſſe poſtea probetur *d. leg. deportatus.* Sanè acquirendi per eos modos qui ſint iuris ciuilis capax non eſt, puta ex teſtamento, vnde fit mirabile illud quod ſcriptum eſt *in lege ſi deportati ſeruo* 7. *de legatis* 3. Si deportati ſeruo qui non ſit publicatus, ſed poſt deportationis ſententiam ex contractu iuris gentium acquiſitus, aliquid relictum fuerit, totum id ad fiſcum pertinere. De quo ſcribemus latiùs *in Error. penult. Decad.*74. Ergo vt ad propoſitum noſtrum reuertamur, cùm ſcripſit Cuiacius, anguſtiorem eſſe militis condemnati ſucceſſionem in caſtrenſibus, quàm ſit pagani, vel malè locutus eſt ſi ſenſit de pagano æquè condemnato, vel dixit rem non valde nouam, nec ſatis apta vſus eſt comparatione, quam ex paribus terminis conſtare oportebat.

ERROR DECIMVS.

De legitima ſucceſſione militis condemnati in bonis paganicis: Et de emendatione l. & militibus 13.C.de teſtam.milit.

SED de caſtrenſibus quidem ita ſcripſit Cuiacius: At quid de paganicis? Nō dubitat vir doctiſſimus, quin ſuccedat fiſcus in iis omnibus, & ita intelligendum ſit quod ſcriptum eſt *in d. l. & militibus.* Ego probare nunquam potui. Etſi enim prior pars legis eſt de bonis tantùm caſtrenſibus, non ideò tamen conſequens eſt vt poſterior ſit de ſolis paganicis. Prior namque pars ad cauſam teſtati pertinet quæ facilè diuiſionem illam admittit bonorum caſtrenſium & paganicorum in perſona militis, vt de vnis teſtari poſſit, non de

de aliis, adeò vt tùm quoque cùm de omnibus tam caſtrenſibus, quàm paganicis teſtatur, duæ duorum hominum hereditates eſſe intelliguntur *l. ſi certarum* 17. §. 1. *D. eod. tit.* At poſterior pars loquitur de ſucceſſione inteſtati, & quidem ſeparatim & per clauſulas diſiunctas duabus copulis, ita vt caſtrenſium mentio facta in prima clauſula, non poſſit repetita videri in ſecunda. In qua ſucceſſione inteſtati certè difficilius eſt, vt diuiſio vlla inducatur ad aliud ius conſtituendum in bonis paganicis, aliud verò in caſtrenſibus. Inteſtati enim ſucceſſio ſemper vniformis eſt & indiuidua non æquè teſtamentaria. Nec alio caſu poteſt contingere vt miles decedat teſtatus pro parte & pro parte inteſtatus, quàm ſi teſtamentum aliquod fecerit, non etiam ſi nullum. Et verò ſi Imperatores in poſteriore parte *d. l. & militibus*, ſentirent de ſolis bonis paganicis, ſequeretur nihil ab iis reſcriptum eſſe quantū ad militis inteſtati bona caſtrenſia, de quibus tamen in ea ſpecie quæſitum potiſſimùm fuiſſe apparet ſatis ex priore legis parte. Sed & antitheſis illa quæ ponitur tam euidenter circa eos caſus duos, Militis teſtati & militis inteſtati, oſtendit ſatis quemadmodum in perſona militis teſtati non poteſt tractari niſi de bonis caſtrenſibus, ita in ſecundo caſu quo inteſtatus miles defunctus proponatur, licèt de paganicis quoque tractari tùm poſſit, non tamen fuiſſe prætermittendum quid in caſtrenſibus ab inteſtato ſeruari deberet. Cùm itaque poſterior pars legis generaliter & indiſtinctè loquatur, vel de bonis omnibus accipienda eſt tam caſtrenſibus, quàm paganicis, quod ſanè probabilius eſt, vel ſi qua ratione reſtringenda eſſet, vtique ad caſtrenſia reſtringi deberet potiùs quàm ad paganica: Et tamen fatentur omnes falſum eſſe quod ſecundùm hanc interpretationem lex diceret, Etiam in caſtrenſibus fiſcum ab inteſtato ſuccedere militi capite damnato. Repugnat enim *d. l. 2. de veteran. & milit. ſucceſſ.* quæ vult agnatos & cognatos ei ſuccedere ad quintum vſque gradum excluſo fiſco. Non igitur defendi poteſt quod habent verba legis, Inteſtatis militibus ex militari flagitio condemnatis proprio iure ſuccedi à fiſco. Adde quod etiamſi maximè verum eſſet, quod Cuiacius & alij volunt inteſtato militi fiſcum ſuccedere in bonis paganicis, non tamen dici poſſet ſuccedere illum iure proprio. Fieret enim id iure communi ex quo fiſcus admittitur ad ſucceſſionē eorum qui legitimū heredem habere nullum poſſunt *d. l. cum ratio* 7. §. *vlt. De bon. damnat. d. l. 2. C. de bonis proſcript.* Quis enim alius præter fiſcum admitti poſſet ſiue communi iure, ſiue proprio, cùm alius heres aut ſucceſſor nullus eſt, nec eſſe poteſt? *l. vlt. D. de ſucceſſ. edict. l. habere licere* 57. *in princip. D. de euict.* At negari non poteſt, quin verba illa *iure proprio*, ſuam vim habeant, & addita ſint ad ſignificandum eſſe aliquid ſpeciale in hoc genere ſucceſſionis, & quod abhorreat à iure communi: Alia igitur interpretatio quærenda neceſſariò eſt, Et concludendum meo iudicio neque in paganicis, neque in caſtrenſibus fiſcum ſuccedere inteſtato militi qui ex cauſa militaris flagitij capite damnatus fuit, ſed in omnibus agnatum aut cognatum vſque ad quintum duntaxat gradum. Ex *d. l. 1. & 2. D. de veteran. & milit ſucceſſ.* De quo dubitaret nemo ſi non eſſent addita in *d. l. & militibus* ea verba *à fiſco* quæ nos idcirco tollenda eſſe contendimus, tanquam addita ab imperito interprete, non valente animaduertere quomodo poſſet militi inteſtato ſuccedi proprio iure ſi ab agnatis & cognatis ſuccederetur, cùm illa ſucceſſio agnatorum & cognatorum ſit ex iure communi. Quaſi verò non ſit etiam ex iure communi vt fiſcus ſuccedat alio nemine

exiſtente qui poſſit ſuccedere, vt modò dicebamus. Debuit autem quiſquis ille fuit animaduertere, Succedi hoc caſu inteſtato militi proprio iure, tametſi ab agnatis quoque & cognatis ſuccedatur, quia non cuiuſcunque gradus agnati ſaltem ad decimum vſque ſuccedunt hoc caſu, nec cognati vſque ad ſeptimum vt fit iure communi *dict. §. vlt. Inſt. de ſucceß. cognat.* ſed tantùm vſque ad quintum, Quæ propria & à iure communi abhorrens ſucceſſio eſt, iis ipſis Principum conſtitutionibus vt credibile eſt introducta, quæ militũ priuilegia induxerunt, & illud potiſſimùm, vt etiam capite damnatus miles de caſtrenſibus teſtandi licentiam obtinere deberet. Quod à Diuo Hadriano ſi non primùm inductum, ſaltem confirmatum videtur reſcripto illo cuius mentio fit *in d. l. ſi quis filio 6. §. ſed & ſi quis. De inuſt. rupt. & irrit. fact. teſtam.* Et ita reſcriptum fuiſſe ab Imperatoribus *in d. l. & militibus*, non additis verbis illis *à fiſco* quæ ſola totam quæſtionem hanc difficilem, & inexplicabilem fecerunt, ipſe etiam verborum ſonus oſtendit, affectata ſuauitate deſinentiæ & conſonantiæ in verbis illis *permittitur, ſuccedıtur*, quæ obuia eſt ſi ſic legamus *Et militibus noſtris, centurionibus quoque*, id eſt quamuis centuriones ſint, *ob flagitium militare damnatis, non aliarum quàm caſtrenſium rerum teſtamentum facere permittitur, & inteſtatis iure proprio ſuccedıtur*. Vnica enim totius legis periodus eſt, ſed tamen duas habens partes, bene concinnata & colligata per duas illas copulas *&* quarum prima initio reſcripti poſita eſt. Nec me turbat quod Papinianus *in d. l. 2. De veteran. & milit. ſucceß.* cùm agnatos & cognatos militis inteſtati ad quintum vſque gradum anteponit fiſco, de ſolis caſtrenſibus loquitur. Nec enim dubito quin illo etiam loco dictio *caſtrenſia* irreptitia ſit & ab aliquo addita qui cum Accurſio, Cuiacio, & cæteris exiſtimauerit non aliter conciliari poſſe Papinianum cum Imperatoribus, niſi malis dicere ideò de caſtrenſibus locutum Papinianum, non quòd aliud iuris obtineret in paganicis, ſed quia de caſtrenſibus dubitari probabilius poterat quàm de paganicis. An in iis fiſcus præferri agnatis & cognatis deberet, Eodem planè ſenſu quo ſi ſcriptum eſſet *etiam caſtrenſia*. Ita namque intelligi Papinianum neceſſariò debere apparet non ſolùm *ex l. 1. eiuſd. tit.* quæ de militis inteſtati bonis omnibus generaliter loquitur iis verbis *eiuſq́ bona inteſtati ſi punitus ſit ad cognatos eius pertinere*: Sed ex illo etiam quòd in bonis paganicis longè minor ratio ſit vt agnatis cognatiſque defuncti fiſcus præferri debeat. Cùm huic quæſtioni non aliud flagitium faciat locum quàm quod ſit militare, vt ſupradicti omnes loci probant, Minor autem fiat agnatis cognatiſque iniuria, ſi ob militis delictum militare prohibeantur ſuccedere in iis bonis quæ haberent etiamſi defunctus miles non fuiſſet: Quod non ſimiliter dici poteſt de caſtrenſibus, quæ ſicut ex caſtris quæſita ſunt, ita ex militaris delicti caſu amitti, & fiſco vindicari minùs iniquum eſſet, quamuis melior ſit condicio caſtrenſium quàm paganicorum facto teſtamento, nimirum quia cùm miles teſtatus eſt ex priuilegio militari, cœpit verſari fauor non tã heredum militis quàm ipſius militis, quem porrò negari non poteſt fauorabiliorem eſſe ratione bonorum caſtrenſium quàm paganicorum. At cùm moritur miles inteſtatus, legitimorum heredum fauor occurrit, qui maior, certè non minor eſt in bonis paganicis quàm in caſtrenſibus. Etſi fatendum eſt eo quoque caſu fauorem militis & quidem potiſſimùm verſari, quoniam alioquin ex iure communi fieret miles ſeruus pœnæ vt alius quilibet vltimo ſupplicio damnatus, aut ſaltem amitteret ciuitatem etiam iure nouo, & poſt.

Auth.

Digitized by Google

Auth.ſed hodie C.de donat.int.vir.& uxor. nec minùs ab inteſtato quàm ex teſtamento & in paganicis bonis & in caſtrenſibus heredem habere prohiberetur. Cæterùm, vt abſoluam, nulla lex eſt quæ hac parte bona paganica militis à caſtrenſibus diſtinguat in cauſa inteſtati ſed tantùm in cauſa teſtati, In qua porrò nominatim diſtingui non debuerant, ſi ab inteſtato quoque alia caſtrenſium bonorum ratio conſtitui deberet, alia paganicorum. Aut certè non debuerat ea diſtinctio prætermitti à prudentibus, ſi tam diſpar & ſeiuncta eſſet in his ſuccedendi ratio vt fiſcum ſtatim admitterent & inuitarent, qui in caſtrenſibus non poteſt ſuccedere niſi poſt quintum gradum agnatorum & cognatorum. Neque hoc Bartolus noſter ignorauit, Generalē ſcilicet eſſe ſentētiam Imperatorum *in d.l.& militibus.* Admittit enim ſententiá reſcripti eam eſſe vt in bonis omnibus militis inteſtati ſuccedat fiſcus, nulla diſtinctio ne adhibita bonorum an caſtrenſia ſint an paganica, ſed nihil reſpōdet *ad d. l.1.& 2. De veteran.& milit.ſucceſſ.* ex quibus moueri potiùs debuit vt nobiſcū ſentiret, in omnibus militis inteſtati bonis ſuccedere agnatos & cognatos vſque ad quintum gradum: Nunquam verò fiſcum niſi poſt agnatos & cognatos illos quintum gradum excluſos. Baldus verò ſi non ſubtilior hac parte, prudentior certè fuit Bartolo, in hoc vno quòd paucioribus verbis ſentētiam ſuam ſic expreſſerit, vt tamen difficile ſit perſpicere quid ſenſerit, quantum ad bona paganica pertinet. Nam de caſtrenſibus idipſum equidem ſentit, quod cæteri Militi capite damnato ex delicto militari poſſe reſeruari factionem teſtamenti in bonis caſtrenſibus. Sed de paganicis nihil aliud ſcribit, niſi quòd in illis ei ab inteſtato ſucceditur, Nec aperit an ei ſuccedatur à fiſco, an ab agnatis & cognatis defuncti, Et rurſum ſi ab agnatis & cognatis an ad quintum duntaxat vſq; gradum, an in vlteriorem: In hoc verò præcipuè mancus eſt, quòd de caſtrenſibus nihil dicit, Non ſolùm circa ius ſuccedentiū, id eſt, quis militi in iis bonis ſuccedat an fiſcus an agnatio vel cognatio, ſed neque an in iis ſuccedatur: Quaſi inteſtato militi non ſuccedatur niſi in paganicis, non etiam in caſtrenſibus, Aut quaſi ratione bonorum caſtrēſium non poſſit miles inteſtatus decedere, perindè ac ratione paganicorum: Cùm tamen veriùs dici poſſit inteſtatus miles in bonis caſtrenſibus quàm in paganicis, Vel ob id quòd de bonis caſtrenſibus teſtari aliquo caſu poteſt, De paganicis nullo caſu poteſt, Vt proinde ſi Baldo ipſi credimus *ad l.2.C. qui teſtam.facer.poſſ.num.3.* inteſtabilis dici debeat quod ad bona paganica pertinet, potiùs quàm inteſtatus: Etſi ſubtilius illud eſt quàm vt probari poſſit ſi Vlpianum conſulamus qui *in l.1.D.de ſuis et legit.* ſcribit inteſtatum poſſe dici etiam eum qui ſine teſtamento idcirco deceſſerit, quòd teſtamentū facere non potuerit. Sed vt deficit in eo Baldus, quod non obſeruat, aut quaſi nō obſeruet, diſſimulat verba illa *iure proprio* quæ haud dubiè ſpecialem, & priuilegiatiam id eſt militarem ſuccedendi rationem demonſtrant, Ad excluſionē, iuris communis & conſequenter non minus fiſci, quàm agnatorum aut cognatorum ſexti gradus, qui admitterentur iure communi ſi ius commune in huiuſmodi cauſa locum habere poſſet. Nam & iure communi, non proprio & ſpeciali fiſcus ſuccederet ſi miles inteſtatus nullum in bonis ſuis ſiue caſtrenſibus ſiue paganicis, ſiue vtriſque legitimum haberet ſucceſſorem.

***

Digitized by Google

ANTONII FABRI I.C. SEBVSIANI SENATORIS SABAVDIENSIS, ET IN GEBENNENSIS DVCATVS AVDITORIO PRAESIDIS,

DE ERROR. PRAGMAT. ET INTERPR. IVR.

DECAS LXXIII.

ERROR PRIMVS.

De ſententia Auth. ſed hodie. C. de donat. int. vir. & vxor.

FORTASSE non ſatisfacient omnibus ea, quę in ſuperioris Decadis poſtrema parte ſcripſimus, de differentia pagani & militis ex militari delicto capite damnati, niſi ſubiiciamus aliquid de ſententia *Auth. ſed hodie. C. de donat. int. vir. & vxor.* ſumptę ex corpore *Nouell. 22. De nupt. cap. 8. §. quod autem.* Textus enim ille eſt quo vel vno, vel præcipuo mouentur qui improbant vulgarem illam noſtrorum traditionem, quæ negat valere teſtamenta illorum qui ad vltimi ſupplicij pœnam condemnati ſunt, vtpote quos conſtet ex ipſo inſtanti pronunciationis ſententiæ effici ſeruos pœnæ. Nam quemadmodũ omnes admittunt, iuris veteris rationem illam fuiſſe, & quidem certiſſimã, quæ non patiebatur valere huiuſmodi perſonarum teſtamenta, ſiue ante, ſiue poſt irrogatam condemnationem facta eſſent, vt diſertè ſcriptum eſt in *l. ſi quis filio 6. §. irritum, verſ. ſed & ſi quis. D. de iniuſt. rupt. l. quod ad ſtatum* 11. *l. ſunt quidã* 17. *l. qui vltim.* 29. *D. de pœn. l. in metallum* 4. *C. de bon. proſcript. l. ſed ſi alia* 5. *D. de bon. damnat.* Ita videtur fieri vix poſſe, vt idem iuris hodie obtineat, poſteaquàm placuit Iuſtiniano, Neminem bene natum, id eſt, qui non ſolùm liber ſed etiam ingenus natus ſit, ex ſupplicio fieri ſeruum debere. Sed tamen habent ſtatim noſtri quod reſpondeãt poſt Bart. *ad l. eius* 8. §. 1. *D. qui teſtam. facer. poſſ.* duce tamen Accurſio, Iuſtiniani conſtitutionem illam de iis ſolis accipiendam eſſe, qui ſerui quidem pœnæ effecti ſint per ſententiam, ſed vt ſuperuiuant, non vt ex ea cõdemnatione moriantur, quales ij ſunt, qui vel in metallũ, vel ad beſtias, vel ad gladiũ damnantur, At non etiã illi qui ad furcã damnati ſunt, aut quibus irrogata fuit viui crematio, vel capitis amputatio, quę capitaliũ pœnarũ omnium primę ac præcipuæ ſunt *l. capitaliũ* 28. *in princ.*

D. de

Digitized by Google

D. de pœn. Nos verò negamus ea interpretatione donari poſſe nouellam cõſtitutionẽ, cuius verba certè generaliora ſũt, quàm vt tãtã reſtrictionẽ vel commodè, vel probabiliter patiantur. Reſpexit enim Iuſtinianus eo loco nõ tam ad fauorem matrimonij vt marito in metallum damnato atque ita ſeruo pœnæ effecto, matrimonium nihilominùs anteà contractum inter coniuges retineret, tanquam inter liberas perſonas ſubſiſtens, quàm ad fauorẽ libertatis, qui ſanè poſtulat, vt nullo caſu liber homo benè natus ex ingenuo fiat per ſupplicium ſeruus, ne tum quidem cùm ei in executionem ſententiæ ſtatim moriendum eſt. Nam & morientis intereſt vt liber potiùs quàm vt ſeruus moriatur: vel ob hoc ſaltem vt heredem aliquem ſiue teſtamentarium ſiue legitimum habere poſſit. Et verò ita ſenſiſſe Iuſtinianum videtur conſtare ſatis non ſolùm ex ſupradicta *Nouell. 22. cap. 8.* cuius verba ſicut generalia & indiſtincta, ita & clariſſima ſunt, ſed etiam ex aliis conſtitutionibus, quibus in neceſſarium ſiue antecedens, ſiue conſequens velis dicere no huius iuris, ſanxit ille ne bona damnatorum aut conſequens velis dicere noui huius iuris, ſanxit ille ne bona damnatorum aut Magiſtratibus, & officiis ipſis applicarentur, vt fieri tùm ſolebat *l. Diuus 6. §. vlt. D. de bon. damnat. l. 1. 2.* & aliis quę ſunt ſub *tit. C. de hered. decur.* Aut fiſco deferrentur vt olim & ex iuris veteris ratione, ſed generi & legi, id eſt, agnatis reſeruarentur. Sic enim ille *Nouell. 17. de mandat. Princip. cap. 12. §. oportet autem.* Et *Nouell. 134. vt null. Iudic. lic. haber. loc. ſeruat. ca. vlt.* vnde ſumpta eſt *Auth. bona damnatorum C. de bon. proſcript.* Nam ſi qui capite condemnati ſunt, fierent hodie, vt olim, ſerui pœnę, conſequens omnino eſſet, vt heredem nullum ab inteſtato habere poſſent, quem nec habere poſſunt deportati quamuis non libertatem amittant, ſed ſolam ciuitatem *l. 2. eod. tit. l. cùm ratio 7. §. vlt. D. eod. tit. de bon. damnat.* Qua ratione diſputauimus in præcedentibus, ita ius olim fuiſſe in militibus ex militari flagitio damnatis, vt non fierent ſerui pœnæ, Hoc potiſſimùm argumento, quòd non ſolùm permittebatur eis teſtari de caſtrenſibus, ſed etiam heredes ab inteſtato habebant agnatos aut cognatos ſuos ad quintum vſque gradum *l. 1. & 2. D. de veteran. & milit. ſucceſſ.* Cùm igitur hodie damnati ad pœnam capitalem heredes habere poſſint, non tantùm deſcendentes, & aſcendentes; verùm etiam tranſuerſales vſque ad tertium gradum ſi credimus Irnerio *in auth. bona damnatorum C. de bon. proſcript.* fatendum neceſſariò eſt non eſſe illos pœnæ ſeruos: Niſi fortaſſe quis dicat cum Baldo *ad leg. 3. numer. 5. verſic. aduerte,* Ex iure illo Nouellarum bona deberi certis perſonis non tanquam heredibus, ſed tanquam priuilegiatis per ius Authenticorum, vt ipſe loquitur, atque ita certè omnino ſentiendum eſt, cùm ea bonorum applicatio vice confiſcationis fiat viuo etiam condemnato, vt omnes fatẽtur ſaltem in proſcripto & deportato, qui tamen viuus non poteſt habere heredem *l. 1. D. pro hered. l. 1. D. de hered. vel act. vendit.* Neque negari ſanè poteſt perſonas illas quas Iuſtiniani cõſtitutio nominatim excepit ſuccedere proprio quodã iure, magis quã ex iure cõmuni, cùm nõ ſuccedãt niſi ad tertiũ vſque gradũ, qui iure cõmuni ſuccedere deberent etiã nudæ cognationis iure ſaltem vſque ad ſeptimũ *d. l. 2. de vet. milit. ſucceſſ.* iunct. *l. & militibus 13. C. de teſtam. milit.* Atqui inquies voluit Iuſtinianus perſonas illas ſuccedere ex legibus, vt conſtat ex *d. §. oportet autem Nouell. 17. de mandat. Princip.* in illis verbis, *ſed ſinere eas generi & legi.*

Digitized by Google

Quid enim aliud illud eſt, quàm iuberi iudices vt dãnatorũ bona relinquãt agnationi,& cognationi,iis deniq; quos lex ad hereditatẽ vocaret iure cõmuni ſi dãnatio nulla interueniſſet?Sed & ratio quam ibidẽ ſubiicit Iuſtinianus,an non manifeſtius hoc demonſtrat quæ poſtremis iis verbis expreſſã eſt, *alios pro illis ponentes quos lex fortè ad illorum vocauit ſucceſſionem.* Senſus enim eſt,vt explicant omnes quotquot ſunt interpretes,apertè iniquum eſſe publicari bona damnatorum & capitali ſupplicio affectorum,cùm ita fiat vt non tam puniri videantur ij qui deliquerũt,quos perinde neceſſe eſſet cũ vita patrimonium amittere,quàm legitimi eorum ſucceſſores ad quos bona peruenire ex legibus deberent,cùm tamen nihil ipſi deliquerint: quo etiam argumento ſed apertiùs vſus eſt idem Iuſtin.initio *Nouell.12.de inceſt. & nefar.nupt.* Voluit ergo Iuſtinianus,inquies,ſaluum eſſe legitimis ſucceſſoribus ius legitimũ,vt perinde poſſint eſſe heredes atque ſi nulla in defuncto capitis diminutio interueniſſet. Hoc verò eſt quod nos negamus, quia neque hoc velle Iuſtinianus potuit niſi eo priùs & in neceſſarium antecedẽs immutato quod olim obtinuerat toto iure Pandectarum & Codicis , vt ad mortem damnati non modò fierent ſerui pœnæ,ſed etiam amitterent ciuitatem *d.l.qui vltimo* 29.*& l.ſunt quidam* 17.*D.de pœn.*quod tamen in hæc vſque tempora incorrectum manſit. Illud tamen planè fatendum eſt contrà quàm velint interpretes,Iuſtinianũ cùm conſtituit *dict. Nouell.* 22. *De nupt. cap.*8.vt hodie nemo bene natus ex ſupplicio ſeruus fiat,non de iis ſolis ſenſiſſe qui ſuperuiuũt,vt puta qui in metallum damnantur,ſed generaliter de iis omnibus qui pœnæ ſerui olim fiebant, in quo numero ij maximè erant, qui vltimo ſupplicio per ſententiam addicti diutius viuere non poterãt. Nã & iidem interpretes fatentur Auth.illam bona damnatorũ ad eos ſolos pertinere,qui ex pœna ſtatim moriendum habent non ad illos qui ſuperuiuunt vt ex Dyno Bartolus diſputat *in d.l.eius* 8.*§.ſi cui D.qui teſtam.facer.poſſ.* De quo tamen dicemus latiùs in ſequentibus.

ERROR SECVNDVS.

De rationibus,quas noſtri adferunt vt capite damnatis denegent factionem teſtamenti.

HOc igitur poſito pro conſtanti & indubitato vt nemo benè natus hodie fiat per ſupplicium ſeruus,adeóque vt legitimos ſucceſſores perinde habere poſſit acſi ſententiam paſſus non eſſet,niſi quòd habet vſque ad tertium duntaxat gradum. Videamus an illud etiam conſequens ſit,vt teſtamentum facere poſſit,nec tantùm de conſuetudine,quod admittit Iul.Clar. *lib.3. Sentent. §.teſtamentum quæſt.*21.ſed etiam ex mera veráque iuris ratione.Etſi enim nõ ignoro ad impediendam teſtamenti factionem in perſona illius,qui alioqui teſtari poſſet,non illud requiri vt effectus ſit ſeruus pœnæ,aut alterius generis ſeruitutis,ſed ſufficere,vt amiſerit ciuitatem quomodo euenit in perſona deportati.Ac proinde non eſſe bonam cõſecutionem ſi quis ex eo quòd capite damnati non fiunt hodie ſerui pœnæ inferre velit, habere igitur illos ius faciendi teſtamenti,moueri tamen quis ex eo fortaſſe poſſit,quòd nõ alio iure videntur amittere iſti ciuitatem,quàm quia etiam libertatem amittunt,

Digitized by Google

tunt,quæ ſalua ciuitate amitti numquam poteſt *dict.l.qui vltimo.* Atqui conſtat non amittere illos hodie libertatem,Ergo nec ciuitatem, quam nec olim amittebant niſi in conſequentiam tacitam & neceſſariam amiſſæ libertatis.Nec enim ſicut qui libertatem,ita & qui vitam amittit,hoc ipſo ſtatim amittit ciuitatem,ſi modò retineat libertatem, vt in exemplo illo cernere eſt quod iam attulimus de milite ex flagitij militaris cauſa condemnato.Atque ita ius hodie eſſe,vt qui vltimo ſupplicio damnantur,non ideò ciuitatẽ magis quàm libertatem amittere dici poſſint,videtur apparere ſatis ex eo quod plerique fatẽtur habere illos heredem ab inteſtato,etiam aliquem ex agnatis,aut cognatis vſque ad tertium gradum *d.Auth.bona damnatorum.C. de bon.proſcript.*iunct.*Nouell.17.de mandat.Princip.cap.12.§.oportet.*Quomodo enim habere poſſent heredem in ciuitate,qui nec ciuitatem ipſam haberent?*d.l.2.C.de bon.proſcript.d.l.cum ratio.§.poſt deportationem vlt.D.eod.*Et ſanè admiſſa illa ſententia vt damnati ad mortem,vel in metallum,vel ad deportationem,habeant hodie legitimos heredes,difficile eſt dicere,quam rationem habere poſſit,quod tradit Bart.*ad d.*§.ſi cui iura vetera quæ vltimo ſupplicio damnatis factionem teſtamenti denegant tanquam ſeruis pœnæ, non eſſe hodie correcta quod pertinet ad factionem teſtamenti. Quia,inquit,per iſtas pœnas ſaltem ea perduntur quæ ſunt iuris ciuilis *dict.l.ſunt quidam 17.D.de pœn.*Ergo & ius teſtandi quod haud dubiè eſt iuris ciuilis.Nam ſi ratio alia olim non fuit,ob quã amitterent iſti facultatẽ teſtãdi quàm quòd amitterẽt ciuitatẽ:Nec rurſus alia vlla propter quã amitterent ciuitatẽ quàm quia etiã libertatem amittebãt,an nõ prorſus cõſequẽs eſt vt qui ex nouo iure libertatẽ retinẽt,etiã ciuitatẽ retineant,ac proinde ipſum quoque ius teſtãdi,& habẽdi heredis ex teſtamento:Tã facilè quàm ius habendi heredis ab inteſtato.Nã nec Bartolus ipſe id negare videtur ad *l.1.D.de bon.damnat.* cũ ait pœnã condẽnati nõ debere afficere veniẽtes ab inteſtato qui nõ deliquerunt.An verò ius habẽdi heredis ex teſtamẽto magis eſt ex iure ciuili,quàm ius habẽdi heredis legitimi & ab inteſtato. Nam & legitimũ heredẽ magis proprio ac ſpeciali nomine vocamus eum qui ſuccedit ab inteſtatò, ne dubitari poſſit quin ſuccedat ille ex legib. *l.lege obuenire 130.de verb.ſignific.l.1. D. de hered.petit.* Nec ſubtilius eſt quod Baldus pro ratione adfert ad *d.l.3.nu. 5.verſi.aduerte C.ſi appellat.pendent.mors interuen.*Fuiſſe iſtos omnes iure vetere inteſtabiles.Hoc verò non inueniri per iura noua correctum.Nam imò verò ſi aliud nihil addas,dicam eſſe hoc ſatis correctum hoc ipſo quòd correcta ſunt iura illa omnia vetera,quæ faciebant illos ſeruos pœnæ,cùm non alia de cauſa nec alio iure eſſent inteſtabiles,quàm quia ſerui pœnæ eſſent:item hoc ipſo quòd datum iis ius eſt habendi heredis ab inteſtato.Non enim potuit Iuſtinianus exprimere apertiùs ſaluam iis eſſe ciuitatem,cùm inter potiora ciuitatis iura,illud vnum potiſſimum ſit,quòd heredẽ ſiue ex teſtamento,ſiue ab inteſtato habere poteſt quiſquis decedit ciuis Romanus,ſi nihil aliud ſit quod eum faciat inteſtabilẽ puta ſi vel pupillus,vel furioſus,vel prodigus cui bonis interdictum ſit, vel filiusfamilias proponatur. Non enim iſta conuertuntur,Ciuem Romanum eſſe,& Teſtamenti factionẽ habere,aut Ius habendi legitimi ſucceſſoris,ſed tamen iure Romano bona & neceſſaria conſecutiõ eſt vt quiſquis heredem ab inteſtato habere poteſt, eum ciuem Romanum eſſe necesse ſit:Et illa rurſum,vt quiſquis ciuis Romanus eſt teſtari etiam poſſit ſi non aliqua de cauſa, & ratione ſpeciali prohibeatur.

Nam & latiùs interdum patet cauſa teſtati quàm inteſtati, vt videre eſt in filiofamilias milite, qui heredem teſtamentarium in peculio caſtrenſi habere quem vult poteſt, at legitimum heredem habere non poteſt *l.1. & 2. D. de caſtrenſ. pecul.* Sicut è contrario latiùs interdum patet cauſa inteſtati quàm teſtati, vt in milite condemnato ad pœnam capitalem ex delicto militari, qui licèt non poſſit teſtari etiam impetrata licentia niſi de bonis caſtrenſibus, ab inteſtato tamen heredem habere poteſt etiam in paganicis, ſecundùm ea quæ vltimo ſuperioris Decadis capite diſputauimus de ſententia & emendatione *d.l. & militibus 13. C. de teſtam. milit.* Item in filiofamilias pagano, qui cùm de aduentitiis teſtari nullo modo poſſit ne quidem patre permittente *l.pen. C. qui teſt. facer. poſſ.* in iis tamen legitimos heredes habere poteſt deſcendentes primùm ſi qui ſint, deinde aſcendentes *Nouel. 118. de hered. ab inteſt. venient.* Verùm probant iſta potiùs, Eodem igitur exemplo admittendum eſſe vt qui vltimo ſupplicio damnantur, habeant quidem heredem legitimum ad eum vſque gradum quem Iuſtin. præſcripſit, quoniam hoc ius nominatim eis conceſſum eſt, nec tamen habeant ius faciendi teſtamenti quia nihil de eo ab Imperatore cautum ſit, nec poteſt reſponderi, non fuiſſe neceſſe concedi illis ſpecialiter à Iuſtiniano, quod iure communi erant habituri tanquam liberi & ciues Romani *l. Imperatores 29. D. de reb. author. iud. poſſid. alias l. 15. de priuileg. credit.* Nam nec verum illud eſt decedere iſtos ciues Romanos, cùm Iuſtin. hoc tantùm conſtituerit, vt non fiant ſerui, at non etiam vt maneant ciues. Sicut nec illud quoque conſtituit, vt poſſint habere legitimum heredem ab inteſtato, ſed tantùm vt eorum deſcendentes, ſi qui ſint, vel aſcendentes vſque ad tertium gradum bona eorum habeant, ſcilicet iure non hereditario ſed priuilegiario & ſpeciali, vt ſuperiore capite diximus & probauimus ex eo quòd iſtis quoque viuis & eo tempore quo heredem habere non poſſunt, bona ipſorum & liberis & parentibus applicantur. Nec ſimile eſt, ſi quis dicat quòd etſi Iuſtinianus non expreſſiſſet *dict. Nouell 22. De nupt. cap. 8.* nolle ſe vt marito in metallum damnato matrimoniũ diſſoluatur, id tamen per ſe conſequens futurum erat ei quod noua conſtitutio illa inducit vt maritus in metallum damnatus ex ſupplicio non fiat ſeruus. Quare nec addit Iuſtinianus matrimonium retineri, niſi per ſpeciem illationis, in hęc verba: *maneat igitur matrimonium hoc nihil ex tali decreto læſum, vtpote inter perſonas liberas conſiſtens.* Quod Irnerius *in dict. Auth. ſed hodie,* benè ſic expreſſit, *& ideò matrimonium non diſſoluitur.* Quidni ergo, inquies, ſufficiet quòd Iuſtin. prohibuerit eos ex ſupplicio fieri ſeruos licèt de iure teſtandi nihil dixerit? Nam reſpõdeo aliam eſſe rationem matrimonij, quod cùm ſit iuris naturalis poteſt ſubſiſtere inter liberas perſonas, Aliam verò factionis teſtamenti, quę cùm ſit tota iuris ciuilis non poteſt ei ſalua eſſe qui amiſerit ciuitatem, licet retinuerit libertatem. Nihil porrò vetat amitti ciuitatem ſalua libertate. Nec ſanè poteſt negari dignam rem fuiſſe quam Iuſtinianus non prætermitteret ſi id agebat vt vltimo ſupplicio damnatis, cum libertate ciuitatem iuráque habendi legitimi heredis, teſtandi conſeruaret, aut potiùs concederet. Nunquam enim habuerant. Quare fateamur quod res eſt, veriſſimum eſſe quod interpretibus omnibus placere video, Damnatum vltimo ſupplicio non magis hodie teſtari poſſe, quàm olim potuiſſe: Sed negemus quod ex iis plerique minùs cautè admittunt damna-

tum

tum vltimo ſupplicio poſſe legitimos heredes habere, & videamus an non aliis rationibus & melioribus quàm quæ ab interpretibus adferuntur, probari hoc ipſum poſſit.

ERROR TERTIVS.

Cur damnati vltimo ſupplicio non habeant heredem ex teſtamento adeoq; nec ab inteſtato.

NEQVE verior, neque probabilior alia ratio meo iudicio adferri vlla poteſt, quàm quòd nulla Iuſtiniani conſtitutione ita cautum ſit vt heredem ab inteſtato habeat, multò minùs autem vt de bonis ſuis teſtari vel inter ſuos poſſit qui vltimo ſupplicio damnatus eſt, Cùm tamen ex tot locis iuris veteris ſuprà relatis appareat ita ſemper ius fuiſſe vt heredē nullū habere iſti poſsēt, quamuis hoc vno colore quòd ſerui pœnæ eſſent. Ac de legitimo quidem herede iam ſatis multa diximus, & oſtendimus nihil minùs egiſſe Iuſtinianum quàm vt vltimo ſupplicio damnatis legitimum heredem daret, ſed tantùm vt eorum bona applicaret liberis & parētibus iure priuilegiario & proprio potiùs quàm hereditario. *dict. Nouell. 134. vt null. Iudic. cap. vlt.* Nec obſtat quod *in Nouell. 17. De mand. Princ. p. cap. 12. §. oportet.* idem Iuſtin. iubet vt bona delinquentium relinquantur generi & legi. Iis enim verbis perſonas ſuccedentium demonſtrare voluit non ius legitimæ ſucceſſionis inducere aut confirmare. Nec rurſus Nouella illa de iis criminibus loquitur quibus ex lege ſit irrogata vel irroganda pœna confiſcationis, vt dicemus *in Error. 5. & 6. infr.* Sed eo quoque admiſſo quòd numquam admittendum eſt, vt heredem ab inteſtato habere poſſit is qui moriens non habuit ciuitatem, non tamen ſtatim conſequens fiet, vt teſtandi quoque ius ei datum videatur. Prius enim ſanè erat vt de cauſa teſtati aliquid conſtitueretur in re tam noua, & de qua ne quidem locus vllus quæſtioni ante Iuſtinianum relinquebatur: Deinde vt de cauſa inteſtati tractaretur, Quemadmodum tam à prudentibus quàm ab Imperatoribus factum cernimus, cùm de milite ex cauſa militaris flagitij condemnato egerunt *l. 1. & 2. D. de veteran. & milit. ſucceſſ. l. & militibus 13. C. de teſtam. milit.* Sed ſi quis pergat quærere, quod difficilioris eſt inueſtigationis, Cur non ita Iuſtinianus conſtituerit in fauorem non tam condemnati, quàm teſtamentariæ ſucceſſionis quæ paſſim fauorabilior eſt, quàm legitima? Reſpondendum eſt, ni fallor, non potuiſſe Iuſtinianum ita conſtituere, quia non id agebat, vt damnatis vltimo ſupplicio bona redderet, quæ anteà per ſolam ſententiam ſic amittebantur, vt tamen fiſco, vel officio & ordini deferrentur, Et conſequenter cùm ex iure vetere illud etiamnum remaneat vt condemnato bona omnia per legem auferantur (parum enim eſt bona ei adimi, cui etiam vita ipſa adimatur:) Illud etiam neceſſe fuiſſe retineri ex iuris veteris ratione, vt de bonis quæ condemnationis tempore habuerunt, teſtari nullo modo poſſint. De quo enim teſtarentur ij qui bona nulla in ciuitate reliquerunt *lege lex Cornelia 28. ante finem, D. de vulgari & pupillari ſubſtitutione.* vbi Iureconſultus accommodatiſſimè ad rem noſtram ſcribit non potuiſſe legem

Digitized by Google

Corneliam de teſtamentis captiuorum facere vt heredem poſſet habere filiusfamilias qui nulla bona in ciuitate reliquiſſet, Tametſi nemo dubitet quin eius legis fictio & hereditatem faciat,& heredem *l. filiusfamilias 18. D. ad leg falcid.* Nam neque de alienis bonis teſtari cuiquam permiſit lex duodecim tabularum *l.verbis l gis 120.de verb.ſignific.*neque permittendum eſt *l. conficiuntur 8.§.ſi poſt factum. D. de iur.codicill.* De alienis autem bonis proculdubio teſtaretur quiſquis vltimo ſupplicio damnatus eſt ſi teſtaretur de iis bonis quæ ſentētia condemnationis ſi non expreſſe tamen tacitè ei abſtuliſſe intelligitur.Bona enim damnatione amittuntur, cùm aut vita adimitur aut ciuitas,aut cùm ſeruilis condicio irrogatur *l. 1. D. de bon.damnat.l.in metallum 4.C eod.*Neq; hac parte ius nouū fecit Iuſtinianus in fauorem damnatorum , Niſi quòd pati noluit vt ex ſupplicio ſerui efficerentur. Cæterùm quemadmodum perinde ac olim,amittunt hodie ciuitatem , Ita non minùs hodie auferuntur iis bona omnia,quàm olim auferebantur , Hac ſola differentia quòd olim ideò auferebantur vt applicarentur vel ordini & Corpori in quo inſcriptus erat is qui deliquerat,vel fiſco *l.1.l. Diuus 6.§.vlt.D.de bon. damnat.l.1.3.vlt.& paß.C.de hered.decur.* Hodie verò non fiſco applicantur, ſed deſcendentibus ſi qui ſint,Aut ſi nulli ſint,aſcendentibus,Aut iis quoque deficientibus generi,& agnationi ad tertium vſque gradum: Quæ applicatio cùm non minus inuito condemnato fit hodie quàm fiebat olim cōfiſcatio, prorſus conſequens eſt, vt quemadmodum non potuiſſet quis anteà teſtando interuertere ac peruertere ius fiſci, Nec ſi ſalua ciuitate publicationē bonorum omnium paſſus fuiſſet,vt contingebat aliquando in eo qui in tempus perpetuum relegatus eſſet,quia nihil habebat de quo teſtari poſſet , Ita nec hodie liceat damnato,quamuis manenti libero & ciui Romano de iis bonis teſtari quæ non modò per damnationem amiſerit, ſed quæ præterea ex illo ipſo inſtanti per legem applicata ſint proximioribus ab inteſtato venientibus,quibus non magis æquum eſt vt condemnato licere debeat iniuriam aliquam facere teſtando, quàm fiſco in cuius locum eos, vt ita dixerim, ſuccedere Iuſtinianus voluit. Tantoq; minùs id ei permittendum eſt, quod teſtando pro arbitrio (aut enim liberam aut nullam teſtandi facultatem cōpetere neceſſe eſt) contingeret facilè vt non modò venientium ab inteſtato quibus lex applicat bona,ſed etiam fiſco iniuriam faceret,qui ſicut hodie nō niſi poſt legitimos heredes ad iſtam bonorum ſucceſſionem admittitur, Ita nec niſi poſt teſtamentariū heredem admitti poſſet,cùm teſtamentarius heres etiam legitimis heredibus præferretur. Atque ita fieret durior condicio fiſci,cuius tamen iura integra Iuſtinianus conſeruauit , niſi quòd poſtponi eum voluit certo generi certiſq; gradibus perſonarum quæ ab inteſtato ſuccedere alioqui poſſent,quas anteà in totum ſolis exceptis liberis,excludebat *l. vlt. D. de bon. damnat.* Manſitq; illud etiam ex iure vetere incorrectum, quòd ſicut olim amiſſio illa ciuitatis,libertatis , & bonorum quæ in damnati perſona contingebat , præoccupabat mortem adeóque per longum tempus ſi quando fortè accideret vt damnatum ſeruari poſt damnationem oporteret vt de eo in alios quæſtio haberetur *leg. qui vltimo 29. D. de pœn,* Hodie quoque perinde præoccupat , quia licèt damnatus remaneat liber, non tamen remanet ciuis romanus , Ac proinde nihil cauſæ eſt cur non pro extorre & inteſtabili haberi debeat , ex die damnationis, tametſi pro mortuo non habeatur ; quomodo haberi cum olim neceſſe

ceſſe erat quo tempore ſeruus pœnæ per ſententiam efficiebatur *l. ſi quis filio 6. §. ſed & ſi quis De iniuſt. rupt. & irrit. fact. teſtam.* quia ſeruitus morti aſſimilabatur *l. intercidit 57. de condic. & demonſtr. l. ſeruitutem 209. De reg. iur.* Denique ne poſſint iſti heredem vllum habere teſtamentarium illud ſemper impedit, quòd licèt quandiu viuunt, bona ſua retineant, Attamen nec vllam eorum adminiſtrationem habent vt de iis poſſint vel inter viuos diſponere, Nec proinde teſtandi facultatem quæ longè difficiliùs conceditur, quia effectum teſtamenti neceſſe eſſet conferri vt poſt mortem damnati, ita in id tempus quo bona iam eſſent aut liberis aut parentibus, aut tranſuerſalibus applicata. Atque ita ſemper verum eſſet factum teſtamentum de bonis alienis & inutiliter *l. Stichus 39. in fin. D. de manum. teſtam.* Sic dicimus eum, qui non deportatus, ſed tantùm relegatus ſit, ſed cum pœna tamen publicationis vniuerſorum bonorum, vt contingit in eo qui ob nefarias & inceſtas nuptias contractas damnatus eſt, de quo *in Nouell. 12. de nefar. & inceſt. nupt.* ſi noſtris interpretibus ad eum locum credimus, (verius enim puto quod Cuiac. docuit loqui Nouellam illam de deportato, iis ipſis rationibus quibus mouetur vt ita ſentiat) quamuis & liber & ciuis remaneat, de bonis tamen ſuis teſtari non poſſe, quia cùm bona ipſius omnia ærario aſſignentur, vt ait Nouella, non tam de ſuis quàm de fiſci bonis teſtaretur. Quamquam inter hunc & eum de quo agimus differentia illa eſt, quòd relegatus etiam totorum bonorum publicationem paſſus, cùm nihilominùs liber & ciuis remaneat teſtari haud dubiè poteſt de poſt quæſitis, quoniam illa fiſcum non ſequuntur *l. ſi mandauero 22. §. is cuius bona D. mandat.* At deportatus non poteſt *l. 2. C. de bon. proſcript.* nec alius quilibet vltimo ſupplicio damnatus, Neque tamen ob id ſolùm teſtamentifactionem omnibus vltimo ſupplicio damnatis interdictam manere exiſtimandum eſt, quòd bona nulla habeant de quibus teſtari poſſint, quódque non poſſit iis concedi ius teſtandi citra iniuriam venientium ab inteſtato quibus lex non tam defert hereditatem, quàm applicat bona: Sed ob id etiam potiſſimùm, quòd qui propter delictum ſuum vltimo ſupplicio damnatur, indignus planè eſt cui tantoperè faueatur, vt teſtandi quoque facultatem habeat, qua nihil maius, nihil honorificentius ciui romano quãtumuis de republica benè merito tribuere lex poteſt nec ſi ante mortem bona ſua non amitteret, poſt mortem verò legitimos heredes habere poſſet, ad rem faceret: Vtrumque enim fieret non fauore ipſius vllo. ſed fauore venientium ab inteſtato vt fiſco præferri poſſent, ſi qui ſupereſſent ex iis quos lex ad ſucceſſionem hanc vocat: Qui ſi non eſſent ſuccederet fiſcus vt olim. Nam nec odio fiſci vllo ita conſtituit Iuſtinianus, vt damnato faueret aduerſus fiſcum, ſed tantùm vt proſpiceret venientibus ab inteſtato proximioribus, ne per fiſcum excluderentur, quemadmodum olim excludebantur. Itaque ſi poneres damnatum habentem in poteſtate filios impuberes, velle iis ſubſtituere pupillariter, non eſſet illi permittendum, Ne quidem in iis bonis quæ à damnato ipſo ad filios eſſent peruentura, Non quòd liberi ea bona ſint mox habituri ex Imperatoria conſtitutione potiùs quàm ex iudicio patris (ratio enim illa eſſet aptior ad excluſionem fideicommiſſi, quàm ad impediendam pupillarem ſubſtitutionem *l. ſi adrogator 22. D. de adopt.*) ſed quia pupillaris ſubſtitutio ſicut honorifica eſt filio, ita & honorifica eſt patri, cuius iudicium eſt, licèt ſit teſtamentum filij *l. Papinianus 8. §. ſed nec impuberis D. de inoff. teſtam.* Eo autem honore prorſus indignus eſt pater qui tam

grauiter deliquit vt vitam quoque ipſi adimi oportuerit: Nec rurſus iuris ratio patitur vt filio impuberi teſtamentum facere poſſit pater qui ſibi ipſi non poteſt *l.2.§.quiſquis D.de vulgar.& pupill.ſubſt.§.liberis Inſt.de pupill. ſubſt.* Omne igitur teſtandi ius damnato interdictum eſt: Neque immeritò cùm non minore odio dignus ſit quàm olim fuerit, licèt faueatur ei ne ex ſupplicio libertatem amittat, ſufficit enim ad hoc vt neque ex teſtamento, neque ab inteſtato hereditatem habere poſſit, quòd etiam hodie ab inſtanti condemnationis amittat ciuitatem, atque ita capite minuatur, non minùs quòd ad ſtatum perſonæ attinet, quàm quòd ad bona, In quibus fauetur quidem ipſi in eo quòd bona eius non tam citò confiſcantur. At non tam vt ipſi, quàm vt eius deſcendentibus, aut aſcendentibus aduerſus fiſcum conſulatur. Sed iam tempus eſt vt dicamus aliquid de ſententia Iuſtiniani *in dict. Nouell.* 134. *Vt null.iudic.cap.vlt.* Vnde ſumpta eſt *dict. Auth. bona damnatorum C. de bon. proſcript.* Nam neque hac parte conuenit mihi omnino cum interpretibus.

ERROR QVARTVS.

De ſententia Auth. bona damnatorum C. de bon. proſcript.

SICVT errarunt vulgò interpretes in explicatione *Auth. ſed ideò C. de donat. int. vir. & vxor.* quòd eam non in aliis condemnatis quàm in ſuperuiuentibus locum habere voluerunt, vt diximus in ſuperioribus, Ita & in eo plerique errant quòd volunt *Auth. bona damnatorum C. de bon. proſcript.* ad eos ſolos pertinere, qui poſt ſententiam non debeant ſuperuiuere, id eſt, qui ad vltimum ſupplicium ſic damnantur, vt ſtatim eo afficiendi ſint. Quæ fuit Dyni ſententia à Bart. relata nec improbata *in l. eius 8. §. ſi cui D. qui teſtam. facer. poſſ.* quam & Caſtrenſis probat *ad l.2. in fin. C. qui teſtam. facer. poſſ.* Iuſtiniani enim ſententia generalis eſt in *Nouell.* 134. *Vt null. Indic. cap. vlt.* cuius verba hæc ſunt *ſancimus eos, qui iis criminibus accuſantur, in quibus leges mortem aut proſcriptionem definiunt, ſi conuincantur aut condemnentur; eorum ſubſtantiam non fieri lucrum iudicibus aut eorum officiis, Sed neque ſecundum veteres leges fiſco eas applicari, Sed ſiquidem habeant deſcendentes, & aſcendentes vſque ad tertium gradum, eos habere.* Vult ergo Iuſtinianus impediri confiſcationem, & applicari bona deſcendentibus vel aſcendentibus, omni caſu quo vel mortis vel proſcriptionis pœna irrogatur, Non adhibita diſtinctione illa An ſuperuiuendum habeat is qui vltimo ſupplicio damnatus eſt, an ſtatim moriendum. Nam & qui proſcribitur ſuperuiuit, nec eò minùs tamen ad nouæ conſtitutionis mentem & verba pertinet. Cúmque pœna damnationis in metallum quam à cæteris diſtinguere Dynus voluit, media ſit inter pœnam mortis & proſcriptionis ſeu deportationis, quia neque pro mortuo habetur hodie damnatus in metallum tanquam effectus ſeruus pœnæ poſt aliam Iuſtiniani conſtitutionem de qua *in dict. Auth. ſed hodie*, & tamen plus quàm proſcriptus ſit, qui non in inſulam, ſed in metallum deportatus fuit, vt dubitandum non ſit quin etiam

hodie

Digitized by Google

hodie amittat ciuitatem. Nihil cauſæ eſt cur non hac parte eodem iure cenſeri debeat, quo ſi vel ad mortem, vel ad proſcriptionem condemnatus eſſet. Et ratio qua mouentur qui Dyni ſententiam defendunt non eſt bona: Aiunt enim æquitatem nouæ conſtitutionis quæ potiorem facit cauſam deſcendentium & aſcendentium quàm fiſci in eo potiſſimùm elucere quòd non debeat crimen delinquentis pœna eſſe venientium ab inteſtato, qui nil deliquerunt: Eam verò rationem non habere locum illo caſu quo damnatus ſuperuiuat, quia tunc pœnam ipſe ſuam patiatur, exutus bonis ſuis omnibus quandiu viuit. Etſi enim verum eſt propriam hoc caſu eſſe delinquentis pœnam, quòd bonorum ſuorum omnium amiſſionem patitur, Eſſet tamen pœna illa etiam communis venientibus ab inteſtato, ſi bona confiſcarentur, quoniam fiſco ſemel admiſſo excluderentur illi ab iis bonis in perpetuum, nec minùs mortuo tandem, quàm viuo adhuc delinquente. Id verò iniquum eſſet, nec minùs, quàm ſi delinquens non veniret in pœnæ ſocietatem. Tota enim iniquitas quam corrigere Iuſtinianus voluit, in eo eſt ſi propter alterius crimen venientes ab inteſtato ſuccedere prohibeantur. Neque ab hac ſententia noſtra quam probauit Accurſius *ad d. §. ſicut*, alienus eſſe videtur ipſe Bart. *in d. l. 1. De bon. damnat.* vbi tradit correcta eſſe per Iuſtinianum vetera iura quoties amittit quis vel libertatem, vel ciuitatem, vel vitam. Sed extra hos caſus non eſſe correcta, id eſt ſi quis relegatus ſit in perpetuum, cum bonorum omnium publicatione, quòd hoc poſteriore caſu pœnam patiatur relegatus ſolus, qui bona ſua omnia retinere poſſet ſi non ſpeciali eorum amiſſione mulctaretur. Quamquam enim hoc caſu perinde accidit vt eius pœnæ participes fiant venturi ab inteſtato, quibus numquam deferri poterunt bona illa fiſco iam quæſita ſemel & applicata, nulla tamen in eo ſubeſt iniquitas, quoniam non niſi per conſequentias id euenit, quarum ratio haberi non ſolet *l. 1. l. quod dicitur 7. D. de conſenſ. & author. tutor.* Ne alioqui paullatim dici incipiat, nullam vnquam infligendam eſſe pœnam delinquenti, ne fiat iniuria legitimis heredibus aliquando ſucceſſuris, tantóque minorem hereditatem habituris. Etſi alia quoque ratio eſt quæ relegatorum aſcendentibus, & deſcendentibus nocet, ne nouæ conſtitutionis beneficio frui debeant contra fiſcum, ſi quando confiſcationis pœna relegato infligatur, vt *in Nouell. 12. De nefar. & inceſtis nuptiis.* Nempe quòd relegatus factionem teſtamenti retineat, quia & ciuitatem retinet *dicta lege eius qui 8. §. i. inſulam D. qui teſtam. facer. poſſ. lege relegati 4. lege relegatorum 7. §. ſine ad tempus D. de interd. & releg.* ob idque poſſit condendo teſtamentum ſpem omnium ab inteſtato ſucceſſurorum eludere, quod alij ad mortem aut ad proſcriptionem damnati facere non poſſunt, qui teſtandi ius nec vnquam habuerunt, nec hodie habent, vt proximo capite diſputauimus. Secundus interpretum error eſt *ad dictam Auth. bona damnatorum*, quòd putant ferè omnes non eſſe locum nouæ conſtitutioni præterquàm illis caſibus in quibus pœna confiſcationis bonorum non eſt impoſita niſi in conſequentiam alterius pœnæ, Ex quo inferunt in illis criminibus, in quibus à lege antiqua expreſſè impoſita eſt pœna confiſcationis bonorum non eſſe

correcta iura antiqua per diſpoſitionem *dicta Auth. bona damnatorum*. Ita Iulius Clarus qui multos in hanc rem Doctores citat *lib.5 ſentent.§. vlt. quaſt. 78. poſt princip.* Nam ſiue textum Nouellæ conſideremus, videntur ſupradicta verba eſſe generaliora quàm vt tantam reſtrictionem iſtam patiantur, ſiue Iuſtiniani mentem & propoſitum inſpiciamus, præfatur ille eam ſe nouam conſtitutionem facere vt non ſolùm corporales pœnæ ſed etiam pecuniariæ mediocres fiant, id eſt leuiores & mitiores quàm eſſent anteà. Tam autem duræ erant, imò fortaſſe duriores eæ quæ confiſcationis pœnam nominatim infligebant, quàm eæ ex quibus non niſi in alterius pœnæ conſequentiam confiſcatio irrogabatur. Erat enim confiſcatio illa veluti tacita, Altera verò expreſſa. Expreſſam porrò magis quàm tacitam ſignificat Iuſtinianus iis verbis *ſed neque ſecundum veteres leges fiſco eas applicari.* Nam eæ demùm veteres leges damnatorum ſubſtantias fiſco applicabant, quæ confiſcationis pœnam nominatim irrogabant, non etiam illæ quibus non pœna confiſcationis expreſſa erat, ſed grauior alia quæ confiſcationem acceſſoriam duntaxat, & comitem haberet. Sed & cùm Iuſtinianus à generali ea conſtitutione ſolum crimen læſæ maieſtatis excipiat, facilè ex eo intelligimus de quibus criminibus regula conſtitutionis intelligenda ſit. Conſtat enim ex crimine læſæ maieſtatis pœnam confiſcationis bonorum irrogari non in alterius vllius pœnæ conſequentiam, ſed per ſe ac principaliter *l. quiſquis 5. l. vlt. C. ad leg. Iul. maieſt. l. vlt. C. de bon. proſcript.* adeóque ipſo iure non expectata hominis ſententia, ſi eidem Iulio Claro credimus *dict. lib. 5. ſentēt. § læſæ maieſtatis num. 9. verſ. & ideò.* Ergo ex huius criminis ſpecialiter excepti comparatione apparet regulam eſſe intelligendam de omnibus criminibus ex quibus pœna confiſcationis quoquomodo etiam principaliter & per ſe irrogetur, dummodò capitalia ſint, & vel mortem vel proſcriptionem mereantur. Ideò namque crimen læſæ maieſtatis fuit excipiendum quoniam alioqui futurum erat vt cōſtitutionis generalitate comprehenderetur. Quanquam ſolent noſtri etiam hæreſis crimen excipere teſte Iulio Claro *dict. quaſt.* 78. Nempe quia læſæ quoque maieſtatis crimen illud eſt, diuinæ ſcilicet non humanæ. Extra quos caſus læſæ maieſtatis diuinæ vel humanæ, totus mundus ſeruat, inquit ibidem Clarus, quòd bona non confiſcantur in aliquo caſu niſi ex diſpoſitione ſtatuti vel conſuetudinis aliter caueatur. Itaque nimia illa reſtrictio quam interpretes inuexerunt & quam nos probare non poſſumus, vſu ipſo exploſa eſt. At tertius, grauiórque interpretum error alius ille eſt, quòd Irnerium ſecuti applicant bona damnatorum non modò deſcendentibus & aſcendentibus, ſed etiam tranſuerſalibus vſque ad tertium gradum. Sed digna res eſt de qua latiùs & ſeparatim dicamus.

ERROR QVINTVS.

De tranſuerſalium iure in bonis damnatorum.

DVÆ ſunt Iuſtiniani conſtitutiones quæ ius vetus correxerunt quod in ea vſque tempora obtinuerat circa bona condemnatorum. Prior extat in *Nouell. 17. De mandat. Princip. cap. 12. §. oportet autem*, vbi præcipit Iuſtinianus, vt qui deliquerūt competentibus quidem & ſtatutis pœnis corpora libus puniantur, Bona autem eorum relinquantur generi & legi, &

ſecun-

ſecundum eam, ordini. Quod interpretes omnes ſic accipiunt, vt damnatorum bona peruenire debeant ad legitimos ſucceſſores agnatos cognatóſque condemnati, ſecundum eum ordinem quem lex ſuccedentibus præſcribit. Et ſanè ratio quam ibidem Iuſtinianus ſubiicit generalis eſt, nec minùs ad agnatos cognatóſque pertinens, quàm ad deſcendentes & aſcendentes. *Non enim*, inquit, *res ſunt quæ delinquunt, ſed qui res poſſident.* Itaque reciprocant, id eſt conuertũt & turbant ordinem ii Iudices qui damnatorum bona ſiue Ordini & collegio ex quo delinquens fuit, ſiue fiſco applicant, & eos qui digni ſunt pœna dimittunt, *Alios*, inquit, *pro illis punientes, quos lex fortè ad illorum vocauit ſucceſſionem.* Altera & poſterior Iuſtiniani conſtitutio eſt *in Nouell.* 134. *Vt null. Iudic. lic. haber. loc. ſeruat. cap. vlt.* vbi Iuſtinianus poſt moderatas pleraſque pœnas corporales quæ antea infligebantur, ſubiicit in hæc verba. *Vt autem non ſolùm corporales pœnæ, ſed etiam pecuniariæ mediocres fiant, Sancimus eos qui iis criminibus* (ſic enim lego non vt vulgò *in criminibus*) *accuſantur in quibus leges mortem, aut proſcriptionem definiunt, ſi conuincantur, aut condemnentur, eorum ſubſtantias non fieri lucrum iudicibus, aut eorum officiis. Sed neque ſecundum veteres leges fiſco eas applicari, Sed ſiquidem habeant deſcendentes & aſcendentes vſque ad tertium gradum, eos habere: ſi verò mulieres habeant qui condemnati ſunt, omnibus modis iubemus iſtas & dotem & antenuptialem donationem accipere, Si verò ſine dote talibus perſonis coniunctæ fuerint, à legibus definitam partem de tota ſubſtantia condemnati eas accipere ſiue filios habeant, ſiue non. Si verò neminem prædictorum habeat qui deliquit, tũc fiſco ſociari eius ſubſtantiam.* Ipſum enim Nouellæ contextum tranſcribere libuit, vt appareret nihil in eo eſſe ex quo poſſit coniici, mentem Iuſtiniani eam fuiſſe vt condemnati agnatis cognatiſque faueret. Nam præter id quod non niſi de deſcendentibus, & aſcendentibus loquitur, cùm iis applicat bona cõdemnati, quæ applicabantur anteà fiſco, Excludit etiam apertiſſimè tranſuerſales omnes non in eo ſolùm, quod poſt deſcendentes & aſcendentes vocat nominatim vxorem indotatam ad portionem legibus definitam, Sed in illo etiam quòd fiſcum quoque vocat, licèt poſtremo loco, ſub ea tamen præciſa condicione *ſi neminem prædictorum habeat qui deliquit.* Quorum verborum non alius ſenſus eſſe poteſt, quàm ſi dictum eſſet, ſi neque deſcendentes vlli ſint neque aſcendentes, neque vxor indotata. Neque enim de tranſuerſalibus quicquam toto illo textu prædictum erat vt apparet. Non ergo voluit Iuſtinianus potiorem eſſe cauſam tranſuerſalium quàm fiſci, ſed contrà deficiẽtibus deſcendentibus & aſcendentibus fiſcum ſuccedere vt olim, ac proinde excluſis tranſuerſalibus omnibus. Et tamen Irnerius in conſcribenda *Auth. Bona damnatorum*, quam ſumpſit *ex d. cap. vlt. Nouell.* 134. non dubitauit trãſuerſalium quoque cauſam potiorem facere quàm fiſci, additis ex ſuo capite verbis illis *& ex latere* Imperatorem planè agens, & id conſtituens quaſi ex verbis & mente Iuſtiniani, de quo nec dictum à Iuſtiniano quicquam fuit, nec cogitatum. Viderunt hoc interpretes, quod nec ſi voluiſſent diſſimulare potuerunt. Neque defuerunt ex iis iam olim qui eo nomine Irnerium reprehenderint: Inter quos Iacob. de Bellouiſu quem Baldus refert *ad l. 2. num.* 3. *C. qui teſtam. facer. poſ.* Et ex recentioribus Iul. Clar. *lib.* 5. *ſentent.* §. *vlt. quæſt.* 78. *num.* 1. licèt dubitanter ſcribit, Fortè dici poſſe quòd Irnerius malè fecerit ponendo ea verba quia non ſunt in corpore ex quo ſumpta eſt Authentica. Sed tamen quicquid ſit, vt ibidem Clarus ſubiicit, Communis opinio eſt quòd etiam collaterales admittantur & præferantur fiſco. Secundum quam ſenten-

Digitized by Google

tiam gloriatur ſupradicto loco Baldus ſe conſuluiſſe Veronæ aduerſus Iacobum de Bellouiſu, idémque Cyno & Iacobo Butrigario placuiſſe. Apparet autem ex Baldi Commentariis decurſum fuiſſe tam facilè ab interpretibus in ſententiam adeò audacem, & improbabilem. Non ob id ſolùm, quòd Nouella conſtitutio hac parte fauorabilis eſſe videatur vt ſunt cæteræ quæ fiſci commoda & vtilitates impugnant *l. non puto 10. D. de iur. fiſc.* & conſequenter adiuuanda interpretatione in benigniorem partem quæ pœnam molliat potiùs quàm exaſperet *l. pen. D. de pœn.* Sed etiam quòd viſum ſit coniungendam vtriuſque conſtitutionis poteſtatem, vt priori derogatum non fuerit per poſteriorem, niſi in eo quod cùm prior iuberet bona relinqui generi & agnationi ſine vlla graduum diſtinctione ac reſtrictione, Poſterior reſtrinxit ius tranſuerſalium vſque ad tertium gradum. Id enim eſt quod Baldus ſcribit *ad d. l. 2. C. qui teſtam. facer. poſſ.* Reſtrictionem à Iuſtiniano in poſteriore conſtitutione factam eſſe non quòd ad genus, ſed tantùm quòd ad gradum. Ita factum eſt vt tandem creditum ſit quod idem Baldus tradit *ad dict. Auth. bona damnatorum*, verba illa *vſque ad tertium gradum* poſita *in dict. cap. vlt.* reſtringere non quod eo loco ſcriptum eſt de deſcendentibus & aſcendentibus quos in infinitum admittendos eſſe noſtri volunt, ſed quod illi conſtitutum fingunt de tranſuerſalibus ſolis, de quibus tamen nullum tota ea in Nouella verbum. Ex quo apparet quàm ridicula ſit hæc noſtrorum opinio, & quàm aliena non tantùm à verbis, ſed etiam à mente Iuſtiniani. Cuius nec putandum eſt ſententiam illam fuiſſe *in d. §. oportet autem Nouell. 17. De mandat. Princip.* vt abrogatas voluerit leges omnes veteres quæ confiſcationis pœnam irrogabant, & ad agnatos cognatóſque proximos bona peruenire. Id enim ſi ita eſſet fruſtra idem Iuſtinianus poſteà de eadem re aliam conſtitutionem edidiſſet, neque verò prior illa conſtitutio, aut de legibus antiquis loquitur, aut de confiſcatione per legem vllam irrogata, ſed de Præſidibus & Iudicibus conqueritur, qui in delictis puniendis rationem iuris peruertentes dimittunt quidem perſonas eorum qui deliquerunt quas corporalibus & debitis pœnis afficere deberent: res autem & bona ipſorum auferunt, nec id vt applicent illa fiſco, ſed vt ſibi, ſuíſque officiis lucrum ex eo captent. Proinde manifeſtum eſt loqui Iuſtinianum eo loco de iis tantùm criminibus, ex quibus non pœna certa confiſcationis infligitur ſed arbitraria pro religione & arbitrio iudicantis: Ex qua cauſa cùm permiſſum eſſet iudicibus & magiſtratibus pœnas illas pecuniarias ſeruare non vt eas in ſuos vſus verterent, ſed vt haberent vnde præſtare poſſent ea quæ iure Præſidum ſolent erogari & quæ ad vtilitatem officij poſſunt deſeruire, vt ſcriptum eſt *in l. Diuus 6 in fin. D. de bon. damnat.* credibile eſt paullatim factum vt ea licentia plerique Iudicum & magiſtratuum abuterentur, inque ſuos vſus prætextu officij conuerterent eas pecunias, tantóque humaniores ſe præberent in corporalibus pœnis irrogandis, quas grauiores eſſe oportuiſſet, vt maiore exemplo eſſent ad maleficia deterrenda. Idque & ante nos benè obſeruauit Iacobus Cuiacius *ad Nouell. 12. De inceſt. & nefar. nupt.* Nec enim verendum erat ne quid de pœna remitterent iudices iis in caſibus quibus confiſcatio in pœnam ex legibus eſſet irroganda: Siquidem vt eleganter Papinianus dicebat, facti quæſtio in arbitrio iudicantis eſt, ſed pœnæ perſecutio non eſt, quia

Digitized by Google

quia non voluntati iudicis mandatur ſed authoritati iuris reſeruatur *l. 1. §. 1. verſ. nam ſiquidem D. ad SC. Turpill. l. ordine 15. D. ad municip.* Ordinaria enim pœna ſemper certa eſt, numquam arbitraria.

ERROR SEXTVS.

De lectione & ſententia Nouell. 17. *De mandat. Princip. cap. 12. §. oportet autem, & de differentia deſcendentium, aſcendentium & tranſuerſalium in Auth. bona damnatorum C. de bon. proſcript.*

Mirор autem non fuiſſe obſeruatum à pleriſque mendum quod ſubeſt *in d. §. oportet*, ſecundum vulgatam verſionem: Obſeruatione namque dignum certè eſt, vt totius loci ſententia meliùs intelligatur. Habet vulgata editio *ſed ſinere eas generi & legi ſecundum illum ordinem*: quæ poſtrema verba ſenſum bonum nullum habent niſi ſuppleas & addas *quem lex præſcribit*. Sed rectiùs, Haloander ex Greco exemplari, ſic legit *ſed ſinere eas generi & legi & ſecundum illum ordini*. Quæ lectio nulla indiget ſuppletione, ſed hac tantùm interpretatione vt iubeantur iudices, potiùs corporales, quàm pecuniarias pœnas infligere, vt qui deliquerunt puniantur in corpore, non in bonis quæ innocentibus agnatis conſeruari æquius eſt quos lex ad ſucceſſionem vocat: Conſeruari autem agnatis non omnibus ſimul, & promiſcuè, ſed eo ordine qui ſit ſecundum legem vt quo quis proximior agnatus eſt, eo prior ſuccedat. In quo illud etiam notandum eſt non ſic loqui Iuſtinianum vt iubeat bona delinquentium applicari generi & agnationi, ſed vt iudex ſubſtantias condemnatorum ſinat generi & legi, id eſt relinquat eas intactas, nihilque de iis pronunciet, ſed legis arbitrio & ordini ſucceſſionem reſeruet, Vt intelligamus eo caſu ſucceſſuros agnatos, non ex ſententia Iudicis, neque ex conſtitutione illa Iuſtiniani, ſed ex vetere iure legis duodecim tabularum qua parte vocat agnatos ad agnati ſucceſſionem. Nihil enim aliud Iuſtinianus exigit niſi vt Præſides ſinant & relinquant ſubſtantias delinquentium diſpoſitioni legis, non vt ipſi quicquam in fauorem agnatorum decernant & diſponant. Sicut nec eo loco Iuſtinianus ipſe aliquid ſtatuit in vtilitatem generis, vt ea bona proximi agnati habeant, quæ alioqui non haberent, (Quomodo *in dict. Nouell. 134.* iubet deſcendentes & aſcendentes vſque ad tertium gradum habere res, quæ alioquin ex antiquis legibus fiſco applicabantur,) ſed omnia relinquit diſpoſitioni iuris communis: Niſi quod cùm loquatur de genere tantùm, & de lege déque ordine qui ſecundum legem eſt, non de aliis ſenſiſſe videri poteſt quàm de agnatis ad excluſionem cognatorum, qui neque generis appellatione continentur *l. 1. in fin. D. de iur. immunit.* neque ex lege vocantur, ſed ex mera prætoris indulgentia *l. 1. D. vnd. cognat.* Quod interpretes noſtri non animaduerterunt, qui vt Baldus refert *ad dictam legem 2. C. qui teſtam. facer. poſſ.* ſic vulgò ſummant illum textum,

Vt capitali crimine damnatorum bona non ad lucrum Præſidis referri ſed cognatis punitorum reddi oporteat: Quaſi nulla ſit hac parte inter agnatos & cognatos differentia, Ideò fortaſſe quòd omnium parem, & ęqualem condicionem idem Iuſtinianus fecit *Nouell.118.de hered. ab inteſt. venient.* Sed obſeruare debuerunt poſteriorem eſſe conſtitutionem illam quæ agnationis, & cognationis differentias omnes ſuſtulit, neque ex ea fieri poſſe vt nouella prior qua parte locuta eſt de agnatis ad cognatos quoque protrahi debeat. Quo magis mirandum eſt Irnerium ſi moueri voluit *ex d.§.oportet*, vt tranſuerſalium quoque mentionem adderet *in dict. Auth. bona damnatorum*, locutum eſſe generaliter de omnibus, qui ex latere veniunt, vt cognatos quoque comprehenderet, cùm tamen Iuſtinianus *in dict.§.oportet*, de agnatis ſolis loquatur, non etiam de cognatis qui eo tempore non niſi poſt agnatos omnes ad ſucceſſionem vocabantur *§.vlt. Inſt. de ſucceſſ. cognat.* At in *d.cap. vlt. Nouell.*134. non magis de agnatis quàm de cognatis, ſed tantùm de deſcendentibus & aſcendẽtibus, quorum meliorem cauſam eſſe debere nemo non videt, quàm collateralium. Deſcendentibus enim debentur aſcendentium hereditates iure naturæ & ex voto parentum, Ita vt cùm liberi ſuccedunt parentibus dicantur ad penè propria bona venire *l.1.§.l. rgius D.de ſuc. eſſ. edict. l.in ſuis 11.D.de liber.& poſthum.l.cùm ratio 7.D.de bon. damnat.* Aſcendentibus autem deferuntur bona deſcendentium ratione miſerationis *l. nam etſi 15. D. de inoff.teſtam.l.ſcripto 7.§.1.C.vnd.liber.l.iure ſuccurſum 6 D.de iur.dot.* At agnatos ad agnati ſucceſſionem admittimus non iure aliquo naturæ, nec ratione vlla miſerationis, ſed ex beneficio legis duodecim tabularum quæ ita conſtituit fauore conſeruandarum familiarum, cùm nihil haberet quod meliùs cõſtitueret vt alibi ſcripſimus. Proinde nulla ratio fuit cur Iuſtinianus veteres leges abrogaret quæ bonorum publicationem ex certis & pleriſque criminibus irrogabant, vt agnatis faueret. Multò minùs vt cognatis per quos familia conſeruari non poteſt, quique ex veteribus legibus nullo caſu ad ſucceſſionem vocabantur, ſed ex Prætoris edicto poſt agnatos omnes. At liberis fauendum meritò fuit & generaliter deſcendentibus omnibus ſine vlla graduum diſtinctione, ſicuti iam idem Iuſtinianus fecerat *in Nouell.12. De inceſt. & nefar.nupt.cap.* 2. in illis verbis *ſi verò contigerit ex prioribus inculpabilibus filios eſſe ei aut nepotes fortè aut vlterius.* Illa enim dictio *vlterius* non modò tertium gradum qui pronepotum eſt continet, ſed alium quemlibet vlteriorem. Aſcendentibus autem fauendum quoque Iuſtinianus putauit ſed parciùs, id eſt cum temperamento illo *vſque ad tertium gradum.* Nam & anteà excepti erant aſcendentes quibuſdam priorum Imperatorum conſtitutionibus vt cõfiſcationes impedirent & fiſco præferrentur, ſed ad ſecundum vſque duntaxat gradum, vt conſtat *ex l.ſi quis 6.C.de inceſt.& inutil.nupt.* Quãquam ea lex non tantùm deſcendentibus & aſcendentibus fauet, ſed etiam de latere fratri & ſorori, patruo & amitæ. Nimirum quia non irrogat pœnam confiſcationis bonorum vt neque deportationis, cùm ei qui inceſtas contraxit nuptias relinquat liberam inter ſuos teſtandi facultatem, iúſque habẽdi heredis ab inteſtato, Quorum omnium nihil habet is qui eſt deportatus. Sed cùm *in dict. Nouell.134.cap.vlt.* de iis ſolis loquatur Iuſtinianus quorum bona & olim fiſco applicabantur ſtatim, & hodie quoque applicanda ſunt deficientibus liberis & parentibus, non eadẽ ratio fuit fauendi tranſuerſalibus ad excluſionẽ fiſci,

Siue

ſiue quòd nulla vel iuris vel miſerationis ratione, vt diximus, hereditas condemnati ipſis debeatur, ſiue quòd ad publicam quoque vtilitatem pertineat, vt non tanta iuris veteris correctio hac parte inducatur, quanta induceretur ex generali confiſcationum omnium abolitione quibus vix vnquam locus fieret, ſi ius ita eſſet vt in condemnati bonis etiam agnati cognatíque fiſco præferrentur: vnde tam frequens vox illa pragmaticorum, in iis prouinciis quæ iure ſcripto reguntur nullum confiſcationis vſum eſſe. Quæ res mirum eſt quantam ad delinquēdum feneſtram patefaciat multorum audaciæ, quos metus amiſſionis bonorum magis quàm periculum famæ vel etiam vitæ à delinquendi propoſito reuocaret. Qua ratione fortaſſis inualuit generalis conſuetudo in contrarium apud Gallos, vt quiſquis vltimo ſupplicio afficitur, etiam bonorum omnium confiſcationem patiatur. Nec ſane debuit Imperator adeò fauere agnatis cognatiſque condemnati, vt non debuerit multò magis rationem habere rei & vtilitatis publicæ, ad quam maximè pertinet, vt grauiſſima delicta, qualia ſunt ea omnia quæ publicationis pœnam olim merebantur, grauiſſimis quoque ſuppliciis, nec minùs iactura bonorum quàm corporis conſumptione vindicentur.

ERROR SEPTIMVS.

De condemnatis ad mortem ex ſtatuto quo nihil cautum ſit de confiſcatione bonorum.

NOSTRORVM ſententia receptiſſima eſt, Condemnatorum ad mortem ex forma ſtatuti, bona nō publicari, niſi hoc ipſum in ſtatuto nominatim caueatur: Atque ita ſemper vidiſſe ſe obſeruari teſtatur Iulius Clarus *libr.* 5. *Sentent.* §. *fin. queſt.* 78. *numer.* 2. quamuis nullam huius ſententiæ adferat rationem. Sed Baldus qui eam primus induxiſſe videtur *ad l.2. in fin. C. qui teſtam facer. poſſ.* hanc adfert, Quòd omnia ſtatuta, inquit, ſint leges priuatorum iudiciorum, Sopponens nimirum, Ita demum ex damnatione capitis irrogari pœnam publicationis bonorum quaſi in conſequentiam neceſſariam, Si damnatio facta ſit ex publico iudicio non ſi ex priuato, & ſic accipiendum eſſe quod ſcriptum eſt *in l.1. D. de bon. damnat.* In quo primùm vereor ne Baldus fallatur. Nam quod ad ſtatum damnatorum pertinet, certum eſt nihil intereſſe an iudicium publicum fuerit necne, cùm ſola ſententia non genus criminis ſpectetur, inquit Iuriſc. *in l. quod ad ſtatum* 12. *D. de pœn. l. quando quis* 10. in iis verbis *quolibet crimine damnatus C. de bon. proſcript.* Nec quòd ea lex de ſolo ſtatu non etiam de bonis damnatorum loquitur, pro Baldo quicquam facit. Nam ex eo ſtatu perſonæ, ſequitur ſtatim quid de bonis ſentiendum ſit, Quia indubitati iuris eſt, Non poſſe fieri vt quis vel libertatem cum ciuitate, vel etiam ciuitatem ſine libertate amittat, quin hoc ipſo amittat bona quæ neceſſariò publicanda ſunt, & fiſco deferenda: Nempe quia quiſquis romanus ciuis non eſt, is neque ex teſtamento, neque ab inteſtato heredem habere poteſt, cùm ius habendi heredis ſit ex legibus ſiue de teſtamentario, ſiue de legitimo herede loquamur *l. lege*

Digitized by Google

obuenire 130. de verb ſignific. l. 1. D. de heredit. petit. l. vlt. D. de ſuis & legit. Nec magis prætorio quàm ciuili iure ſucceſſorem habere poteſt qui ciuitatem Romanam non habet, Cùm perinde exigat Prætor in danda bonorum poſſeſſione ſecundùm tabulas, vt teſtator duobus temporibus, teſtamenti ſcilicet ac mortis, habuerit teſtamenti factionem *l. 1. §. exigit & ſeq. D. de bonor. poſſ. ſec tabul.* Ab inteſtato verò illud etiam exigat vt is cuius bonorum poſſeſſio petitur capax fuerit habendi heredis legitimi *l. 1. D. ſi tabul. teſtam. null. ex tab. vnd. liber. l. 1. D. vnd. legit.* Licet non eos ſolos vocet quos lex vocaret, ſed plerumque alios, legibus alioqui incognitos, puta cognatos *leg. 1. D. vnd. cognat.* itémque virum & vxorem, & decem illas perſonas quas prætor extraneo manumiſſori præferebat, de quibus Iuſtin. *in §. ſunt autem. Inſt. de bonor. poſſeſſ.* Et in ſumma non tantùm illos qui damnantur in metallum, aut ad beſtias, aut ſummo ſupplicio addicuntur, quos conſtat olim effectos fuiſſe ſeruos pœnæ, ſed etiam deportatos pro mortuis habet prætor ex die deportationis *l. 1. §. filium D. de bonor. poſſ. contra tab. l. ſi necem 4. §. ſi deportatus D. de bonor. poſſ. contr. tabul.* Pro mortuis, inquam, non hactenus vt eorum ſicuti cæterorum defunctorum det bonorum poſſeſſionem, ſed è contrario vt nullam penitus eorum rationem habeat, acſi nec in ciuitate, nec in rerum natura vnquam fuiſſent. Et verò quomodo dediſſet olim Prætor bonorum poſſeſſionem eius qui nulla bona in ciuitate reliquiſſet? Atqui deportatus quilibet patiebatur haud dubiè iacturam & publicationem bonorum omnium iure Pandectarum, idq; apud omnes in confeſſo eſt, niſi ſi quando ex priuilegio permittebatur ei vt amiſſa ciuitate bona nihilominùs detineret *l. relegatus eſt 14. §. 1. & l. ſeq. D. de interd. & relegat. l. tutelas 7. §. vltim. D. de capit. minut.* Nec ſanè aliter ius conſtitui poterat, cùm etiam ciuis Romani bona ſi is abſque ciuili & honorario ſucceſſore moriatur, neceſſariò ad fiſcum perueniant tanquam vacantia ſi modò ſint ſoluendo *l. vlt. D. de ſucceſſ. edict. leg. habere licere 57. D. de euict. leg. 1. §. an bona D. de iur. fiſc.* Cùm igitur ex die deportationis pro mortuo habeatur ſi non in omnibus ſaltem in iis quæ ad ius ciuile & ad iura ciuitatis pertinent *leg. verum 63. §. vltim. D. pro ſocio l. Gallus 29. §. & quid ſi tantùm D. de liber. & poſthum.* mortuus autem ille heredem nullum habere poſſit neque ex teſtamento, neque ab inteſtato, Conſequens omnino eſt vt ex eo ipſo die deportationis bona eius omnia tranſeant in fiſcum. Quemadmodum è contrario, Eum cuius vniuerſa bona publicantur pro mortuo habemus, quia exinde iam alius in locum eius ſucceſſit, id eſt fiſcus *leg. actione 65. §. publicatione D. pro ſocio.* Sed in deportato quidem paullò difficilius illud eſt, quia non ſemper nec in omnibus pro mortuo habetur, vel ob id maximè quòd in ciuitatem reſtitui quandoque poteſt *l. intercidit 57. D. de condic. & demonſtr.* At in iis omnibus qui vel in metallum, vel ad beſtias, vel ad vltimum ſupplicium damnantur, res eſt apertior, non ſolùm ciuitatem eos amittere, ſed etiam bona, cùm vetere iure inſpecto amittant etiam libertatem, tanquam per ſententiam facti ſerui pœnæ *leg. ſi quis filio 6. §. ſed & ſi quis D. de inuſt. rupt. & irrit. fact. teſtament. dicta lege quod ad ſtatum 12. leg. ſunt quidam 17. leg. qui vltimo 29. D. de pœn. l. ſed ſi alia 5. D. de bonor. damnat. l. in metallum 6. C. de bonor. proſcript.* Quamquam enim illud ex iure vetere correctum eſt quod amittebant olim libertatem poſteà quàm placuit Iuſtiniano vt hodie nemo benè natus ex ſupplicio fiat ſeruus. *Authen. ſed hodie C. de donat. inter vir.*

Digitized by Google

ulr.& uxor. quod interpretes omnes admittunt in iiſ ſaltem qui damnationi ſuæ ſuperuiuendum habent, Illud tamen incorrectum remanet quod etiam hodie amittunt ciuitatem & omnia quæ ſunt iuris ciuilis ſicut & olim, quia nec olim ciuitatem amittebant in conſequentiam amiſſionis libertatis,ſed quia fieri non poterat,vt ciuitatem non adimeret pœna illa quæ adimebat ipſam quoque libertatem,ſicuti præcedēte Decade diſputauimus. Itaque cùm illi qui vltimo ſupplicio damnantur,& hoc ipſo ciuitatem amittant, & ſtatim moriendum habeant,Illud etiam neceſſe eſt euenire vt ſtatim & ipſo iure bona ipſorum publicentur,niſi cùm lex in contrarium diſponit vt *in l.vnic.C.de mulier.quæ ſe propr.ſeru.iunxer.& in l.vnic.§. & ſi quidem C.de rapt.virgin.* Exinde enim certum eſſe incipit nullum eos vnquam heredem aut ſucceſſorem in bonis ſuis habituros,ſiue ex teſtamento, ſiue ab inteſtato: quod in perſona deportati non æquè certum eſt *dict. l. intercidit.* Eadem porrò ratio locum habet etiamſi quis ex forma ſtatuti capite damnetur,ſicut etſi ex priuato iudicio damnaretur *d.l.quod ad ſtatum.* Ergo etiam admiſſa illa comparatione quam Baldus ex ſuo cerebro ſibi fingit, ſtatutorum & iudiciorum priuatorum, fatendum eſt non minus hodie illorum publicari bona qui ex ſtatuto aliquo mortis condemnationem patiuntur,quàm olim publicabantur eorum quibus leges veteres eandem pœnam irrogabant: Niſi ponas ita conceptum ſtatutum, vt ex eiuſmodi pœna,neque ciuitas amittatur,neque illa quæ ſunt iuris ciuilis,nec proinde ius teſtandi,aut habendi heredis ſaltem ab inteſtato,quomodo in Anglia & aliis quibuſdam locis obſeruatum audio,vt ſalua etiam nobilitate adeóque ipſa propemodum exiſtimatione pœna mortis,præſertim amputatio capitis irrogetur.Cæterùm extra hunc caſum,nihil certè cauſę eſt cur bonorum publicationem minùs pati debeat is,qui ex forma ſtatuti, quàm qui ex iure communi ad mortem condemnatur, quia perinde vtroque caſu & ciuitatem & factionem teſtamenti amittit, & ius habendi heredis legitimi. Nec ſatis mirari poſſum quod ait Baldus *ad d. l. 2. in fin. C. qui teſtam. facer. poſſ.* Authenticam,Bona damnatorum non habere locum hoc caſu, ſed condemnatis ſuccedi de iure communi ac ſi ab inteſtato,inquit,deceſſiſſent, ſcilicet per liberos & parentes vſque in infinitum, & per agnatos & cognatos vſque in ſeptimum gradum (Sic enim apud Baldum legendum eſt,non vt vulgò *in quartum gradum*) Nam nec ignorauit magnus ille vir, quod nos aſſerimus, Eum qui ciuitatem amiſit heredem habere nullomodo poſſe,ob idque nimirum defendit ille,& rectè *ad l.3.C.ſi pendent.appellat.mors interuen.* liberos, parentes, & vt addit poſt Irnerium,agnatos cognatóſque quibus hodie applicantur bona damnatorum, non ſuccedere iure hereditario,id eſt tanquam heredes legitimos, ſed tanquam perſonas, vt ipſe loquitur,priuilegiatas,quod & nos in ſuperioribus probauimus. Id verò cur ita? Niſi quia heredem habere non poſſunt,qui non habent ciuitatem. Iuſtinianus autem nihil immutauit quod ad ſtatum perſonæ circa ciuitatis amiſſionem, ſed tantùm circa amiſſionem libertatis. Multò minùs autem dici poteſt abrogatum eſſe hac parte ius vetus per ſtatuta quæ mortis pœnam irrogant condemnato. Nam ſiue ponas ſtatuta illa ſubſequi ius commune, ac vltimi ſupplicij pœnam infligere ex iis criminibus, quæ ipſo etiam iure communi eandem condemnationem mererentur, ſiue

Digitized by Google

fingas quod plerumque accidit,ſtatutum tale eſſe, quod ex non delicto faciat delictum,& quod prætereà nouo huic delicto pœnam mortis imponat, quis putet probabile, ob id minùs amitti ciuitatem à condemnato, quòd non tantùm ex iure communi condemnatus ſit, ſed etiam ex ſtatuto, aut quòd grauiorem ei condemnationem ſtatutum,quàm ius commune inflixerit? Taceo quod ipſa etiam ſtatuta recipiunt interpretationem paſſiuam à iure communi, vt tractat Bart. & poſt eum cæteri *ad l. 1. C. de ſumm. Trinit. & fideic. Cathol.* Vt proinde non poſſit videri derogatum iuri communi per ſtatutum ſiue iuris communis pœnas ſtatutum retineat, ſiue augeat.

ERROR OCTAVVS.

De ſtatutis habendis pro legibus priuatorum iudiciorum, & in quo diſtinguenda ſint hac parte iudicia publica à priuatis & extraordinariis.

QVA de cauſa nec illud probare poſſum,quod vult Baldus,Statuta habenda eſſe pro legibus priuatorum iudiciorum. Nam ſi ſtatuto vindicetur tale aliquod crimen quod ex communi iure publici eſt iudicij,nec minore pœna quàm quæ iure etiã communi infligitur,Planè non video,cur iudicij qualitas mutata eſſe debeat & iudicium factum ex publico priuatum, ob id ſolùm quòd legibus publicorum iudiciorum ſtatutum conſentiat,aut quòd pœnas legibus illis publicorum iudiciorum conſtitutas auxerit, non alium ad finem, quàm vt duriorem faceret delinquentis condicionem,non vt meliorem:itaque ſtatuentium propoſitum offenderetur adeóque publica vtilitas quæ nihil magis quàm criminum vindictam & caſtigationem exigit, ſi ex forma ſtatuti condemnatus ob crimen quod publici iudicij cauſam habeat, minore ob id pœna afficeretur tanquam ex priuato non ex publico iudicio condemnatus:illa enim differentia quæ alioqui tam multos in iure noſtro effectus habet,An ex publico,an ex priuato iudicio quis damnatus ſit,ad eos caſus non pertinet quibus pœna mortis irrogatur,ſed ad eos in quibus alia leuior, *d. l. quod ad ſtatutum*, vbi Bart. & alij notant *ex l. ictus fuſtium 22. D. de his qui not. infam. l. infamem 7. D. de public. iud.* Concludo igitur,Bona eorũ qui ex forma ſtatuti damnantur ad vltimum ſupplicium, hoc ipſo cenſenda eſſe amiſſa, publicata & confiſcata in conſequentiam neceſſariam eiuſmodi condemnationis,non minùs quàm ſi ex iure communi & ex cauſa publici iudicij ea condemnatio facta eſſet,niſi contrarium verbis ſtatuti comprehenſum ſit. Sed dico amplius, neque per ſtatutum fieri poſſe vt qui vltimo ſupplicio ex quacunque cauſa damnantur, amiſſa ciuitate ius retineant habendi heredis, ſiue ex teſtamento, ſiue ab inteſtato, Ita vt inteſtabiles dicendi ſint potiùs quàm inteſtati, vt Baldus loquitur *ad d. leg. 2. num. 3. C. qui teſtament. facer. poſſ.* Quia ſcilicet non magis ſtatutum quàm prætor poteſt tollere ius ciuile, Nec proinde facere vt qui nullam habet ciuitatem habeat heredem:ſed ſi talis caſus contingat in quo æquum videa-

Digitized by Google

videatur ſtatuentibus vt bona condemnati vltimo ſupplicio non ad fiſcum veniant ſed ad liberos, vel ad parentes, vel ad agnatos, aut cognatos ſiue certi, ſiue cuiuſcunque gradûs, debet ita concipi ſtatutum vt bona iis applicentur quibus ea deferri ſtatuentes voluerunt, vt nullus iuri communi locus relinquatur in deferendis fiſco iis bonis quæ à ſtatuto ipſo non ſolùm delata ſint ſed etiam applicata iis qui ab inteſtato ſuccederent ſi condemnatio relinqueret locum ſucceſſioni iuris communis. Atque ita loqui Baldus debuit non quomodo locutus eſt *ad d. leg. 2. in fin.* perinde iſtis ſuccedi qui ex ſtatuti forma condemnati ſunt acſi ab inteſtato deceſſiſſent. Nam ſi ſenſit Baldus decedere illos non modò inteſtabiles, ſed etiam inteſtatos (quod ego non admitterem, niſi ſumpta *inteſtati* appellatione negatiuè magis quàm priuatiuè) cur adhibet fictionem illam quaſi in mendacio, iis verbis *acſi ab inteſtato deceſſiſſent.* Sin credidit quod verius eſt, non tam ſine teſtamento eos deceſſiſſe quàm ſine bonis, & ſine ciuitate, quid obſecro eſt quod ait Succedi eis de iure communi? Baldum fefellit quod Accurſius noſter *ad d. l. 2.* diſtinguit crimina publica à priuatis & ab extraordinariis, Sed non in eo de quo tractamus, cùm reus ad mortem damnatus eſt, ac in ſpecie illius legis, id eſt, cùm quis in reatu conſtitutus conſciuit ſibi mortem ante ſententiam, quo caſu quia neſcitur quam ſententiam paſſurus fuerit, neceſſariò inſpicienda eſt qualitas delicti, vt non aliter bona eius publicentur, quàm ſi tale crimen fuit, quod vel morte, vel deportatione puniri debuerit ſi vſque ad ſententiam reus vixiſſet *l. 3. §. vt autem D. de bon. eor. qui mortem ſibi conſciuer.* quarum tamen pœnarum neutra ſiue priuatis ſiue extraordinariis criminibus debetur. Quod nec Caſtrenſis ad eum locum videtur percepiſſe, vbi tam malè in hoc Accurſium reprehendit, quàm Baldum rectè. Aliud igitur eſt ſecuta ſententia mortis ex quocunque crimine, quia cùm ſententia ius faciat ſi ab ea non ſit appellatum, non tam cauſa inſpicienda eſt quàm pœna, quæ cùm non minor eſt licèt ex minori crimine irrogetur perinde ciuitatem adimit, atque ſi ex grauioris delicti cauſa infligeretur *d. l. quod ad ſtatum*. An igitur ex eiuſmodi ſtatutis pœnam mortis ſine vlla confiſcationis mentione irrogantibus bona ſtatim fiſco deferentur? Minimè ſed liberis primùm, deinde aſcendentibus vſque ad tertium gradum, iuxta *dict. Nouell.* 134. *cap. vltim.* Nec enim hoc caſu ſtatuti verba repugnant quominùs interpretationem illam paſſiuam recipere poſſint à iure communi, tantò magis quòd interpretatio illa & benignior & humanior eſt. Nam neque nouum eſt vt priores leges trahantur ad poſteriores, vt contrà, poſteriores interdum ad priores *l. ideò quia 27. cum l. præced. D. de legib.* Alioqui dicendum erit etiam teſtamenta iſtorum valitura ſi ne quidem ciuitatem & ius habendi heredis amittunt per pœnam ſtatuto irrogatam. Quod tamen abſurdum fuerit dicere. Idque & Caſtrenſis loco ſupradicto benè vidit, licèt moueatur paſſim mala illa ratione, quòd etiam illi qui ex forma ſtatuti vltimo ſupplicio afficiuntur fiant ſerui pœnæ; nam è contrario verum eſt, non fieri illos hodie ſeruos pœnæ: poſt *Auth. ſed hodie. C. de donat. int. vir. & vxor.* Sed tamen & illud ſemper verum eſt amittere illos ciuitatem & ius habendi heredis ſiue ex teſtamento, ſiue ab inteſtato: quod ſufficit vt eorum teſtamenta irrita fiant, & vt ceſſante iure communi egeant liberi & parentes

Digitized by Google

beneficio *Auth. bona damnatorum*, non ad ſuccedendum, ſed ad occupāda bona defuncti, ne, quod alioqui contingeret, fiſco deferantur.

ERROR NONVS.

De ſtatuto expreſſim confiſcante bona condemnati. Et de ſtatutorum interpretatione ac poteſtate.

QVAESTIONI ſuperiori oppoſita hæc eſt, ſi ſtatuto aliquo pœna confiſcationis & publicationis bonorum omnium irrogetur, An nihilominùs poſſit locus eſſe *Nouellæ conſtitutioni* 134. *vt null. Iudic. cap. vlt.* Vnde ſumpta eſt *Auth. bona damnatorum C. de bon. proſcript.* Id eſt an applicanda ſint bona liberis, & parentibus, adeóque ſecundum Irnerij & interpretum omnium ſententiam agnatis & cognatis ex latere vſque ad tertium gradum, priuſquàm fiſco deferantur. Facit dubitationem quod vt ſuperiore capite attigimus, Statuta omnia quantumuis ſtricti iuris eſſe dicantur, recipiunt tamen paſſiuam interpretationem adeóque extenſionē à iure communi *l. 1. §. 1. D. de muner. & honor.* Bart. *ad l. omnes populi, verſic. ſecundo caſu D. de iuſtit. & iur.* Quidni ergo ſtatutum alioquin odioſum ſumet interpretationem ab eo communi iure quod Iuſtiniani conſtitutio induxit, vt liberorum & parentum ſaltem, ſi non etiam agnatorum ac cognatorum potior cauſa ſit, quàm fiſci? Adde quod iiſdem interpretibus placet, non eſſe in poteſtate, & arbitrio iudicis vt bonorum publicationem vllo caſu irroget contra diſpoſitionem *dict. Auth. bona damnatorum*, alioqui ſi contrà fecerit, eſſe nullam ipſo iure ſententiam tanquam contra leges latam, vt tractat Dec. *conſ.* 252. *numer.* 5. & Marſil. *in l. fin. num.* 189. *D. de iuriſd. omn. iudic.* Ergo ſimiliter dicendum videtur, vel nullius momenti eſſe ſtatuta quæ expreſſim pugnent cum illa conſtitutione, vel ne pugnent ſic eſſe interpretanda, vt in iis quoque eadem conſtitutio locum habeat. Quæ ratio erit fortior ſi eorum ſententiam ſequamur qui ius ſtatutarium prætorio comparant, vt derogare quidem poſſit iuri ciuili, ſicut prætorium, ſed non in totum tollere ius ciuile *l. ius autem* 7. *D. de iuſtit. & iur.* Tolleret namque omnino ſi poſſet facere vt liberis quoque & parentibus fiſcus præferretur, adeò vt nec portio vlla bonorum liberis reſeruaretur. Atque ita plerique magni viri ſentiunt quos refert Antoninus Teſſaurus *Deciſ. Pedemont.* 198. *numer.* 1. Frequentior tamen ſchola interpretum contrà ſentit, non eſſe locum Nouellæ conſtitutioni, quoties bonorum publicatio ex ſtatuti forma irrogatur. Et rectè. Nam cùm publicari bona nihil aliud ſit, quàm in publicum ærarium redigi & fiſco applicari, apertiora ſanè ſunt hoc caſu verba ſtatuti, ſiue de publicatione loquantur, ſiue de confiſcatione, quàm vt interpretatione vlla reſtringi ac temperari poſſint, tum enim recipiunt ſtatuta interpretationem etiam extenſiuam paſſiuè à iure communi, cùm aliquid in iis eſt aut obſcurum, aut ambiguum quod aliqua egeat interpretatione, non etiam cùm nulla in verbis obſcuritas aut ambiguitas eſt. Quo caſu ſi ab iis facta ſint ſtatuta qui ſtatuendi habuerint poteſtatem, aut ſal-

Digitized by Google

ſaltem ab iis confirmata, qui confirmandi ius habuerint, (alioqui neque vim, neque nomen ſtatutorum mererentur) quid obſecro impedire poteſt, quominùs effectum illum habeant, quem verba demonſtrant? Cùr ergo vel liberis vel parentibus, vel etiam cum Irnerio tranſuerſalibus applicemus quod ſtatutum tam diſertis verbis applicat fiſco? Planè ſi ſtatuti verba ſic concepta proponeres, vt neque publicationis neque confiſcationis mentionem facerent: ſed tantùm amiſſionis aut ademptionis bonorum, facilè admitterem locum eſſe *Auth. bona damnatorum*, quia neque ſtatuti verba repugnarent, neque deficeret æquitas conſtitutionis quæ meliorem fecit condicionem deſcendentium in infinitum & aſcendentium vſque ad tertium gradum quàm fiſci. Nam ſtatutum irrogans amiſſionem vel ademptionem bonorum ei quem vltimo ſupplicio affici iubet conſentit cum iure communi & vetere & nouo, ſiquidem ex vtroque pœna eadem amiſſionis & ademptionis bonorum infligitur, quamuis in alium atque alium finem. Etenim iure vetere ideò auferebantur & adimebantur bona omnibus vltimo ſupplicio damnatis vt fiſco applicarentur, Ex nouo autem iure ideò auferuntur, non vt fiſco ſtatim ſed vt liberis primùm, deinde aſcendentibus, tandem & omnibus illis deficientibus fiſco applicentur. Idq; conſequens etiam eſt ei quod paſſim noſtri iactitant, Præſumi ſtatuentes in dubio voluiſſe conformare ſe iuri communi, etiam in iis in quibus à iure communi recedere ſi voluiſſent, potuiſſent: At cùm ex ſtatuti verbis non ſolùm adimuntur bona condemnato ſed etiam applicantur fiſco, Apparet manifeſtiſſimè id actum fuiſſe à ſtatuentibus, vt nec ad liberos primùm, nec ad aſcendentes, ſed rectà in fiſcum bona tranſirent. Alioqui non erat cur Iuſtinianus abrogaret iura vetera, ſi ſtare ſimul iſta poterant vt & publicarentur bona, & liberis aut parentibus excluſo fiſco applicarentur. Atqui correxit Iuſtinianus haud dubiè iura vetera iis verbis *ſed neque ſecundum veteres leges fiſco eas applicari, ſed ſiquidem habeant deſcendentes, & aſcendentes vſque ad tertium gradum, eos habere.* Perinde igitur fatendum eſt ius illud nouiſſimum quod applicat liberis & parentibus ad tertium vſque gradum bona condemnati apertè corrigi per ſtatuta, quæ illa ipſa bona applicant fiſco: Nec magis ſtare poſſe ius illud Iuſtinianeum cum iure ſtatutario de quo nunc agimus, quàm cum iure illo vetere quod à Iuſtiniano expreſſim abrogatum, per huiuſmodi ſtatuta in vſum reuocatur. Et ita Bartolus quoque ſentit *ad leg.* 1. *D. de bonor. damnat.* cùm ait in pleriſque Italiæ ciuitatibus ſtatuta eſſe quæ tam priuatis quàm publicis criminibus pœnas irrogant, etiam cum publicatione bonorum, eáque ſeruari oportere. Neque eſt quòd quis pro contraria ſententia obiiciat non magis poſſe in totum tolli ius ciuile per ſtatutarium quàm per prætorium. Nam imò verò plus authoritatis habent ſtatuta quàm edicta prætorum, vel ob id maximè, quòd legum vim & poteſtatem habent, ſiue ab iis condita ſint, ſiue per eos confirmata qui legis condendæ ius habeant, Cùm tamen edicta Prætorum, neque leges ſint, neque legi ſimiles conſtitutiones §. *quos autem. inſtit. de bonor. poſſeſſ.* Vnde eſt quod vulgò dicitur, quicquid poteſt fieri per legem poſſe fieri per ſtatutum, vt tractant noſtri *ad leg.* 1. *C. de ſumma Trinitate, & fide Catholica, & ad l. omnes populi* 9. *D. de iuſtitia & iure.* Itémque ad *l. vltim. §. quando in pendenti C. ad SC. Tertyll.* quia nec ſtatuta ipſa quicquam aliud ſunt, quàm leges municipales aut prouinciales

Neque rurſum tàm illud eſt tollere ius ciuile,quàm corrigere , cùm per ſtatutum alij deferuntur bona condemnati quàm quibus ciuile ius deferret. Id verò etiá prætor facere ſuo iure potuit *d.l.ius autem 7.D.de iuſt.& iur.*fecitq; in proponendo edicto,De bonorum poſſeſſionibus,Ex quo & emancipatos liberos,& cognatos & pleroſque alios ad ſucceſſionem honorariam inuitauit,quos ius ciuile non agnoſcebat,vt præfatur Iuſtin. *in Inſtit.Titul.de bonor. poſſeſſ.* nẽpe quia nec ſuccedere illos prohibebat. Si enim prohibiti fuiſſent iſti iure ciuili ſuccedere non potuiſſet eos admittere Prætor niſi tollendo ius ciuile ac faciendo contra leges , contra quas certum eſt nihil eum facere potuiſſe ſed tantùm præter leges *l.nec non 28.§.quoad eius D. ex quib. cauſ. maior.in integr.reſtit.poſt.l.cùm ſponſus 12.§.ſi res talis ſit D.de Public.in rem act.*Similiter igitur dici poteſt,etiam admiſſa comparatione iuris ſtatutarij & prętorij,Non ideò videri poſſe ſublatum ius ciuile per ſtatutarium,aut à ſtatuentibus factum quicquam fuiſſe contra leges, quòd bona condemnati quæ lex Iuſtiniani liberis primùm & parentibus applicauerat,per ſtatutum applicentur fiſco. Id enim ita demùm verè diceretur, ſi Iuſtinianus odio fiſci prohibuiſſet expreſſim ne qua bonorum publicatio & confiſcatio irrogari vnquam poſſet.At non id prohibuit,ſed tantùm iuſſit vt liberi & parentes vſque ad tertium gradum fiſco præferantur, nec rurſus futuris legibus legem dixit Iuſtinianus,quod nec facere potuit ſed tantùm præteritis, & veteribus vt ipſe loquitur. Quæ cùm ex vera rectáque iuris ratione condemnati bona fiſco addicerent,Non valde errauerit meo iudicio qui dixerit , Statuta illa ſi qua eſſent quæ Iuſtinianeam legem aperta vi tollerent ac delerent vt fiſco ante liberos & parentes locum aperirent,ſic accipienda fore,aut ad iuris ciuilis confirmationem,potiùs quàm extinctionem pertinerent. Ius enim ciuile verius illud eſt quod ex iuris ratione prudentúmque authoritate potiùs quàm ex Iuſtiniani vel Triboniani mente æſtimatur. Tantùm abeſt vt valere poſſit argumentũ,quod contrariæ opinionis aſſertores adferunt à Iudice ad ſtatutũ , Quaſi non magis à ſtatuto quàm à Iudice fieri aliquid poſſit quod pugnet cũ ſupradicta Nouella Iuſtin.conſtitutione. Nã de Iudice certũ quidẽ illud eſt,non aliam pœnã poſſe illũ conſtituere,quàm quæ legibus certa & ordinaria pręſcripta *eſt l.1.§.1.verſ.nam ſi quidem D.ad SC.Turp.l.ordine 15.D ad municip.* Niſi hactenus vt ei cui pecuniaria tantùm pœna iure ordinario irroganda fuit,etiam corporalem poſſit infligere,vt de illius fama & exiſtimatione tranſigat,cuius iacturam condemnatus alioquin ex pecuniaria condemnatione paſſurus fuiſſet *l.quid ergo 13.§. pœna grauior. D. de his qui not.infam l. qui cum vno 4. §. ad tempus D. de re milit.*vbi mendum grauiſſimum eſt quod nemo quem viderim hucuſque obſeruauit , in verbis illis *ſi tranſactum de futuro ſit,*Legendũ enim eſt non *de futuro* vt de periculo futuri tẽporis ea dictio accipiatur,quemadmodũ accipere coactus noſter fuit Accurſius,Nec rurſum *de furto*,vt in quibuſdam codicibus legi Accurſius idem teſtatur, ſed *de fama* , Nato facilè errore ex totidem ferè literarum , aut ſaltem linearum quibus literæ illæ conſtant,ſimilitudine.Idque ex totius §. ſenſu quem nec Accurſius ignorauit adeò apertum eſt vt nihil dici poſſit apertius.At in ſtatuentibus qui ſtatutorum condendorum poteſtatem & authoritatẽ habent ſiue iure proprio ſiue ex ſuperioris licentia,qui etiam condendæ legis ius haberet,longè diuerſum ius eſt cùm illi ſi non legem , ſaltem legi ſimilẽ conſtitutionem facere poſſint,nec tantùm pro arbitrio ſtatuere

id quod

Digitized by Google

id quod ex re & vtilitate populi magis eſſe videatur, ſed etiam Iudicibus præſcribere quid ſequendum habeant, & iudicandum. Non ergo bona illatio eſt à Iudice ad ſtatutum: vt neque à iure Prætorio ad ius ſtatutarium, vel ob id maximè, quòd nulla vnquam lex aut Principis conſtitutio fuit, quæ Prætorum edictis, vt lex Hortenſia plebiſcitis, vim legum dederit. Quam tamen habent ſtatuta vel per ſe, vel per confirmationem eorum de quibus dubitari non poſſit, quin condendæ legis authoritatem habeant, cùm ſint ipſi ſuprà leges, vt eſſe creduntur, & reuera ſunt omnes qui ſupremam in territorio ſuo poteſtatem, vel à Deo ſolo, vel ab ipſo populo, vel denique à ſummo Pontifice, aut ab Imperatore acceperunt.

ERROR DECIMVS.

De portione quam in bonis condemnati leges veteres liberis reſeruabant.

NONDVM abſoluimus inſtitutam ſuperiore capite, De pœna publicationis per ſtatutum irrogatę diſputationem. Nam qui ex noſtris interpretibus nobiſcū ſentiunt, Statuta per quæ non tantùm damnatio capitis, ſed etiam publicatio bonorum irrogatur, ſic eſſe accipienda vt ſtatim bona in fiſcum tranſeant, licèt non deſint ex condemnati deſcendentibus, qui eius bona ſibi applicari velint, Ii rurſum in tres diuiſi ſunt ſententias. Quidam enim volunt vſque adeò fiſcum pleno iure ſuccedere, vt nulla penitus bonorum portio liberis reſeruetur à Iudice, quibus nulla per ſtatutum fuerit reſeruata. Alij ſententiam hanc quaſi nimis inhumanam & crudelem damnantes, hactenus temperandam eam putarunt, vt pars aliqua liberis ſeruanda ſit, Ea nimirum quam veteres leges liberis concedebāt *l.1.l.cùm ratio 7.D.de bon.damnat.* Id eſt dimidia *l.ſi deportatus 8.l.quando quis 10.C.eod.tit. De bon.proſcript.* Niſi ſi quando tot erant liberi vt etiam vniuerſa bona iis relinqui æquum videretur. Quo tamen caſu, ſpeciali reſcripto Principis opus erat, cùm ex iure communi cuiuſcunque numeri liberis non niſi dimidiam partem deberi placeret. Vnde illud etiam fiebat vt liberis eius cui dimidia tantùm pars bonorum ablata eſſet, partes non darentur *d.l.1.De bonis damnatorū*. Quaſi ſatis ſupérque liberis eſſe deberet ſi dimidiam partem haberent bonorum patris, quæ tota ex iure communi ad fiſcum pertinere debuiſſent. Interpretantur autem noſtri plures eſſe liberos non ſi duo tātùm ſint, quamuis dici ſoleat pluralem elocutionem duorum numero contentam eſſe *vulg.l.vbi numerus 12.D.de teſtib.* ſed ſi plures ſint quàm duo, puta tres aut quatuor, vt ex communi aliorum ſententia tractat Antonin. Teſſaur. *dec.Pedem.*104.*n.*7. Vidēt enim de filiis etiā in plurali numero agi pleriſq; in locis in quibus nō niſi dimidię partis mētio fit omnibus liberis applicādæ vt *in d.l.ſi deportatus & d.l.ſi quando.* Dico autē *de filijs*, nō autē *de liberis*, ne quis fortè pro interpretibus reſpōdeat, liberorū appellatione filiū etiā vnicum ſignificari *l.nō eſt ſine liberis* 148.*de verb.ſignific.* Et ita accipiūt illi quod ſcriptū eſt

AAAa

Digitized by Google

in d.l.cùm ratio 7.§.ſi plures D. de bonis damnat. ſi plures filios damnatus habeat,non deeſſe exempla per quę pluribus liberis omnia bona damnati conceſſa ſint, Idémque iuris etiam hodie volunt obtinere iis in locis,in quibus adſunt vel edicta Principum,vel ſtatuta ciuitatum quæ irrogant pœnam confiſcationis,vt ſcilicet bona omnia liberis relinquantur,ſi plures illi ſint quàm duo, atque ita inanis & illuſoria fiat hoc caſu confiſcatio. Tertia & media eorum ſententia eſt, qui neque tam inhumaniter tractant liberos condemnati vt nullam iis partem bonorum dari velint,neque rurſus tam humaniter, vt vel eaſdem portiones quas olim dabat indulgentia Principis iis dandas hodie putent, multò minùs verò bona vniuerſa, cuiuſcunque tandem illi ſint numeri,ſed hoc adhibito temperamẽto,vt legitimam portionem ſolam habere debeant,id eſt trientem vel ſemiſſem,pro numero liberorum.Quam ſententiam non modò in Mediolanenſi Senatu receptam, ſed etiam magis communiter ab interpretibus probatam eſſe teſtatur Iulius Clarus *in pract. crimin.quaſt.78.numer.26. verſ. videndum eſt*, licèt eo nomine reprehendatur ac propemodum falſi notetur à Teſſauro *Deciſ.*198. paulò ante finem. Conſultò taceo diſtinctionem Salyceti *ad d. l.vltim.C.de bon.proſcript.* An bona damnati ſint exigua,an multa, Vt ſi exigua omnia pluribus filiis relinquenda ſint,ſi verò multa etiam pluribus filiis dimidia tantùm tribuatur. Nam neque Salycetus ipſe, neque pro Salyceto alius quiſquam aut legem, aut rationem vllam allegat pro huiuſmodi diſtinctione confirmanda,Excepto ſolo prætextu humanitatis,& fauore liberorum: Qui tamen ſi tantus eſſet,vt eius intuitu rationem iuris omnem violari oporteret, quidni aliorum potiùs opinionem tanquam humaniorem ſequeremur, qui in magno quidem patrimonio diſtingui volũt,an plures ſint quàm duo liberi necne,Iuxta *d. l. cùm ratio in princip. & §. ſi plures.* In exiguo autem patrimonio magis probant vt indiſtinctè totum illud relinquendum ſit filio etiam vnico pro alimentis.Non enim defuerunt qui ſic diſtinxerint, vt ſupradicto loco refert Teſſaurus, vbi tamen addit neque iure vllo, neque ratione aliqua opinionẽ illam fundari. Ergo de tribus illis tantùm ſententiis quas priore loco retulimus deliberari poteſt quænã potiùs ſequenda ſit.Primam duo potiſſimùm argumenta impugnant,vnum illud quod nimis dura videatur, impugnétque euidenter fauorem liberorum,quibus tamen ratio naturalis quaſi lex quædã tacita parentum hereditatem addicit, vocando eos ad ſucceſſionem velut debitam, Propter quod & in iure ciuili ſuorum heredum nomẽ eis inditum eſt,ita vt nec iudicio quidem parentis niſi meritis de cauſis ab ea ſucceſſione ſummoueri poſſint,vt elegãter non minùs quàm verè Paulus noſter ſcripſit in libro illo ſingulari quem ex profeſſo compoſuit de portionibus, quæ liberis damnatorum conceduntur, ex quo ſumpta eſt *d. l. cùm ratio 7. D. de bon. damnat.* Vbi ait ob has cauſas æquiſſimum exiſtimatum eſſe, eo quoque caſu quo propter pœnam parentis aufert bona damnatio rationem haberi liberorum ne alieno admiſſo & facinore grauiorem pœnam luerent, quos nulla contingeret culpa interdum in ſummam egeſtatem deuoluti: Quod tamen, inquit, cum aliqua moderatione definiri placuit, vt qui ad vniuerſitatem ſucceſſionis venturi erant, haberent ſaltem conceſſas ex ea portiones. Alterum eſt, quod ſtatuta iſta quæ bonorum publicationem irrogant iis ipſis caſibus quibus ea Nouella Iuſtiniani conſtitutio

ſuſtu-

ſuſtulerat, hoc ipſo quo derogant iuri nouiſſimo, videntur repetere, & in vſum reſtituere ius vetus, quod [illegible]ntum temporibus obtinebat, quódque Iuſtinianus abrogauerat, ex quo m[illegible] obſeruabatur vt condemnati bona publicari, & fiſco deferri oporteret, ita & illud, vt ex publicatis bonis portio dimidia liberis tribueretur, adeóque vniuerſa ſucceſſio ſi liberorum numerus id ſuadere videretur, vt *in d. §. ſi plu. eſ.* In toto námque iúre id obtinet, vt ſublato vel amiſſo iure nouo ſuperſit vetus, *l. quoties duplici* 91. *De regul. iur.* Porrò non poteſt vetus ſupereſſe niſi cum omnibus ſuis qualitatibus, & condicionibus. Ergo ſtatuta quæ publicationis pœnam à Iuſtiniano antiquatam reſtituunt, neceſſariò ſic accipienda ſunt vt eædem portiones liberis conſeruentur, quas ipſis conſeruari placebat eo tempore, quo bona publicabantur. Verùm facilis ad vtramque obiectionem reſponſio eſt. Ad primam quidem Poſſe dura videri ſtatuta quæ publicationem bonorum damnati ſic irrogant, vt nullam penitus habeant rationem liberorum, ſed tamen cùm & legum vim habeant, & iis verbis ſcripta ſint quæ nec dubitationi, nec interpretationi locum vllum relinquant, nihil aliud dici poſſe, quàm, quod de lege Iulia Vlpianus ait in ſpecie *legis proſpexit* 12. *D. qui & à quibus manum.* perquàm durum quidem id eſſe, ſed ita legem ſcriptam eſſe. Et verò iam olim ita ius erat vt portiones illæ ex bonis condemnati liberis tribuerentur non tam ratione aliqua iure ſubnixa, quàm ex indulgentia Principali, vt loquuntur Imperatores *in dicta leg. quando quis.* Æquè igitur hodie neceſſaria eſt illa indulgentia, vt per confiſcationis pœnam quæ ex ſtatuto irrogatur non adeò liberi lædantur, quin eorum ratio aliqua habeatur. Quis autem eſt præter ſtatuentes ipſos qui hoc indulgere poſſit? Nec quod in ius commune indulgentia illa principalis tandem tranſierit, ad rem facit. Potuerunt enim pro arbitrio Imperatores aſperitatem illam iuris ciuilis temperare quam tamen aut corrigere, aut vlla etiam interpretatione lenire nec prudentes ipſi potuiſſent. Quantò minùs licere id debeat interpretibus, vt ſe in terponant in ſtatuti aſperitate moderanda, cùm ſtatuti verba tam clara ſunt, vt neque interpretationem, neque verò dubitationem vllam poſſint recipere? Sed & in eo paſſim errant interpretes noſtri, quòd putant portiones iſtas fuiſſe olim reſeruatas liberis, & exceptas nè generali bonorum publicatione comprehenderentur, quod tamen non ita eſt. Vniuerſa enim bona fiſco applicabantur, tùm fiſcus ipſe ex indulgentia Principali eas portiones liberis concedebat, vt diſertè ſcriptum eſt *in d. leg. ſi deportatus* 8. *C. de bon. proſcript.* in illis verbis *omnia quæ fiſcus de liberis damnati concedit.* Itaque admiſſo etiam eo, quod interpretes volunt, vt huiuſmodi ſtatuta recipiant interpretationem paſſiuam, vt vocant, ex iure illo communi quod antè nouellam Iuſtiniani conſtitutionem obtinebat, non tamen illud conſequens fiet, vt bona omnia ex ſtatuto ad fiſcum pertinere non debeant, ſed hoc tantùm vt fiſcus poſtquàm tota bona occupauerit, tribuat liberis eas ipſis portiones quas olim tribuebat. Quomodo autem tribuet ſi nemo id indulgeat? Quis verò indulget præter noſtros interpretes? Atqui ſicut publicatio quæ hodie irrogatur ex ſtatuto non illa ipſa eſt quæ ex legibus publicorum iudiciorum, aut qua ex alia iuris parte olim irrogabatur, Sed prorſus alia

planè diuerſo iure inducta quãuis eiuſ. & effectus & poteſtatis,ita fatendum eſt noua aliqua indulgentia opus eſſe veteris obſeruatio quæ ad authoritatem prodeſſe amplius non p roſit ſaltem ad exemplum. Quod autem ſecundo loco obiicitur,Per huiuſmodi ſtatuta rediri ad ius vetus abrogato iure nouo,neque verum eſt,neque etiamſi verum eſſet,ad rem tamẽ pertinet. Nam cùm ius illud vetus à Iuſtiniano abrogatum ſit, quamuis eo propoſito, vt liberorum ius augeretur non vt imminueretur, ſtatuta autem quæ publicationis pœnam ſimpliciter irrogant,ita abrogent Iuſtiniani conſtitutionem,vt tamen de vetere iure reſtituendo nihil exprimant:Omnino ſequitur publicationem quæ hodiè in vſu eſt non ex iure vetere æſtimãdam eſſe,ſed ex ſola ſtatuti poteſtate. Argumento eſt quod euenit plerumque vt crimen tale ſit quod ex iure communi neque pœnam mortis, neque amiſſionem bonorum irroget, Et tamen vtraque pœna per ſtatutum pro eo crimine infligatur,vt puta pro furto,aut vt pœna ſola publicationis bonorum ſine vltimo ſupplicio,quod cùm accidit, nemo vtique dixerit interpretandum eſſe ſtatutum ex iure communi cùm his caſibus pœna publicationis ſit merè ſtatutaria,& à iure communi prorſus exorbitans vt loquuntur,nec proinde ex eo iure communi æſtimanda. Tantum abeſt vt eam indulgentiæ principalis interpretationem & moderationem poſſit admittere quam vetus confiſcatio admittebat.Ergo neque aliis caſibus liberorum ratio haberi vlla poterit, quia in omnibus eadem eſt ſtatuti poteſtas, nec aliis verbis concepta vno caſu quàm alio pœna confiſcationis bonorum.Denique cùm veriſſimum ſit quod ſupradixi,Etiam ius vetus ita fuiſſe comparatum,vt neque per liberos,neque propter liberos confiſcatio totorum bonorum impediretur,ſed tantùm vt à fiſco qui vniuerſa bona occupaſſet pars eorum aliqua liberis ex Principali prouidentia & indulgẽtia tribueretur *d. l.ſi deportatus* 8.*&* *d.l.ſi quando quis* 10.*C.de bon.proſcript.*fatendum eſt nullam hodie in ſtatutorum interpretatione & executione haberi poſſe rationem iſtius antiquæ principalis indulgentiæ,cùm nihil ſit in ſtatuti verbis ex quo probari poſſit cogendum fiſcum vt etiamnum portiones illas liberis concedat,quæ niſi à fiſco ipſo poſteaquàm ſucceſſit,concedantur, nec peti, nec obtineri per liberos vllo modo poſſunt. Maneat igitur hæc firma, veriſſimáque ſententia,ſi ſtatutum quod bonorum vniuerſorum publicationem irrogat nihil de liberis cauerit, nullam penitus iis portionem deberi ex bonis condemnati,neque abſurda & iniqua videri poteſt hæc ſententia ſi fauori liberorum opponas fauorem vtilitatis publicæ quæ ſcilicet poſtulat, vt iis pœnis omnibus delicta vindicentur, propter quas credibile ſit futurum,vt à criminibus admittendis vel peſſimus quiſque deterreatur. Certum enim eſt pleroſque ſic affectos eſſe qui liberos habent,vt metu amiſſionis bonorum magis torqueantur,& torreantur in liberis quàm in propria ſua perſona *l. iſti quidem* 8.*D. quod met. cauſ.* Quam ob cauſam id quoque iure vetere obſeruatum fuiſſe videmus,& promiſſum parentibus vt etiam poſthumos needum editos poſſent in teſtamento exheredare, nec tantùm bona mente & vt iis prodeſſent,vt in *l. multi* 19. *D. de liber. & poſthum.* ſed etiam malo animo & vt eos à ſua ſucceſſione arcerent *Tot.tit.ill. de liber.& poſthum.hered.inſt.vel exhered.D.& C.l.*3.*D.de iniuſt.rupt.* Quamuis certum eſſet poſthumum in vtero matris exiſtentem nullam ingratitudinis cauſam neque admiſiſſe,neque admittere potuiſſe. Nimirum vt eo metu exhere-

dationis

Digitized by Google

dationis poſthumi, magis ac magis in officio & pudicitia vxores continerentur, ſcientes futurum vt ſi quid ſecus facerent, edituræ tandem eſſent partum miſerum ac perpetua egeſtate laborantem, quem earum odio pater exheredaſſet. Sed aliorum ſententiæ quas retulimus nobis confutandæ ſunt, & eorum maximè qui putant ita comparatum fuiſſe ius vetus, vt ſi tres aut quatuor liberi ex condemnato ſupereſſent, vniuerſa condemnati bona iis applicari deberent ex *dict.§.ſi plures l.cùm ratio de bon. damnat.* De cuius ſententia & emendatione ideò nobis dicendum eſt proxima Decade, ne hîc longiores ſimus.

ANTONII FABRI I.C. SEBVSIANI SENATORIS SABAVDIENSIS, ET IN GEBENNENSIS DVCATVS AVDITORIO PRAESIDIS,

DE ERROR. PRAGMAT. ET INTERPR. IVR. *DECAS LXXIV.*

ERROR PRIMVS.

De ſententia l.cùm ratio 7.§.ſi plures.D.de bon.damnat. & l.quando quis 10.C.de bon.proſcript.

SI plures filios damnatus habeat, feruntur exempla, inquit Paulus, per quæ pluribus liberis omnià bona damnati conceſſa ſint. Inter cætera verò exẽplum illud reſcripti cuius eodem loco Paulus meminit. Refert enim cùm ex facto accidiſſet, vt qui plures filios reliquerat damnatus eſſet eo damnationis genere, ex quo bonorũ publicatio ſequebatur, impetratum fuiſſe ab Imperatore vt vniuerſa bona liberis tribuerentur, eiúſque reſcripti rationẽ ipſis etiam Imperatoris verbis expreſſam non aliam fuiſſe, quàm numerum liberorum, ſed tamen quot eſſent in ea ſpecie liberi, neque Pauli, neque reſcripti verba oſtendunt. Indéque nimirum liberam ſibi facultatem adrogarunt interpretes coniiciendi fuiſſe quidem illos plures quàm duos, nec pauciores tribus, Potuiſſe tamen ſufficere ad inducendam reſcripti æquitatem, monendúm-

Digitized by Google

que Imperatorem vt tres eſſent. Cur verò plures quàm duos? An quòd dictio illa *plures* aut quod idem eſt pluralis numerus verificari non poſſit in duobus? Imò poteſt, vt conſtat ex *l. vbi numerus 12. D. de teſtib.* & habet hæc res naturalem intellectum. At quia vident interpretes aliis pleriſque iuris locis mentionem fieri portionum conceſſarum damnati filiis in numero plurali, nec ideò tamen vniuerſa bona filiis conceſſa fuiſſe, ſed tantùm portionem, aut quod idem eſt portiones. Vnica enim portio eſt quæ liberis conceditur, ſed quam tamen in tot portiunculas diſtribui neceſſe eſt, quot ſunt capita filiorum. *l. 1. §. 1. & ſeqq. eod. tit. l. ſi deportatus* 8. *l. ſi quando quis* 10. *C. eod.* Itaque ne pugnarēt ij loci cum *d. §. ſi plures* coacti ſunt interpretes dicere accipiendos eos eſſe de liberis qui duo tantùm ſint nec plures, at illum *§. ſi plures* de iis qui plures ſint quàm duo, nec pauciores tribus. In quo faciunt meo iudicio parum ſubtiliter, qui non vident *in d. l. ſi deportatus*, tractari de deportato habente ſi non plures quàm quatuor, ſaltem quatuor liberos, Duos in poteſtate, & duos emancipatos: verba enim legis ſunt *ſi deportatus ſuos & emancipatos filios habuerit* Suos igitur in numero plurali, itémque emancipatos ſimiliter in plurali numero, & conſequenter ſuos binos, & totidem emancipatos. Et tamen non niſi partem bonorum patris deportati in ea ſpecie conceſſam fuiſſe liberis, nòn etiam vniuerſitatem, apparet ex eo quod ſtatim ſequitur in lege *pars quæ ex bonis eius liberis conceſſa eſt.* Non igitur verum eſt quod interpretibus placet ſtatim atque plures ſunt, quàm duo liberi, bona omnia liberis concedenda eſſe. Nec aliter ab Imp. Hadriano conſtitutum fuiſſe putandum eſt in eo reſcripto de quo *in d. §. ſi plures*, cùm ea lex ſit Imperatorum Gratiani, Valentiniani & Theodoſij qui longo ſeculorum interuallo Hadrianum ſecuti ſunt. Idem probatur nec minùs apertè *ex d. l. quando quis*, in qua diſtinguunt Imperatores Theodoſius & Valens, An Curialis & Decurio ſit qui deportationis pœnam paſſus eſt, an alius quilibet, vt ſi decurio non ſit & filios vel filias, vel ex defunctis filiis nepotes reliquerit, dimidia parte ærario vindicata, alia dimidia eis reſeruetur. Si verò Decurio fuerit, & ei ſoboles exiſtat etiam quæ nondū procreata ſit, ea integris patris fortunis fulciatur. Sin filia vel filiæ fuerint, pars dimidia ad eas deuoluatur facultatum, alia pars ad Curiam. Sin autem mares Curialis (ſic enim lego non *curiales*) fuerint intermixti, dimidia pars eis Curiæ nomine deferatur, & alia quam in commune omnibus tribuit indulgentia principalis pro virili diuidatur portione. Quę diſtinctio manca ſanè eſſet egerétque ſubdiſtinctione circa numerum liberorum, ſi quod ait de parte tantùm danda, ſiue filiis, ſiue filiabus non alio caſu verum eſſe poſſet, quàm quo non plures, quàm duo filij, aut quàm duæ filiæ ſupereſſe proponerētur: Nec potuerunt meliùs Imperatores oſtendere, cuiuſcunque numeri liberis non niſi partem dimidiam conceſſam eſſe, quàm quòd nullā de numero diſtinctionem adhibuerunt, cùm tamen & circa conditionem deportati & circa ſexū diſtinxerint. Illi enim verba *ſi verò filij vel filiæ relicti erunt*, cum pluralē elocutionē contineant, non minùs apta ſunt vt tres & quatuor pluréſve filios aut filias ſignificent, quàm vt duos filios, duáſve filias. Nec quòd pluralis elocutio duorum numero contenta eſt facere debet vt ad duorum numerum reſtringatur: Eſtque longè facilius vt pluralis numerus etiam in vna perſona verificetur, quàm vt non verificetur in tribus, vel pluribus. Quò enim plures perſonæ ſunt, eo conuenientior pluralis numerus eſt

ad

Digitized by Google

ad omnes ſignificantias. Idémque tractari poteſt de aliis verbis illis eiuſdem legis *ſi filia vel filiæ fuerint.* Nam cùm lex filiam quidem dicit, vnicam intelligit, quamquam nec nouum eſt vt ſingularis numerus ad pluralis quoque ſignificationem extendatur, vt cùm lex duodecim tabularum dixit *agnatus proximus familiam habeto.* Sed cùm lex addit *vel filiæ fuerint* quidni de tribus & quatuor, perinde ac de duabus filiabus intellexit? Sunt autem apertiora verba illa in ſecunda parte prioris diſtinctionis poſita *vel nepotes ex defunctis filiis.* Nam cùm & de filiis defunctis in plurali numero loquantur, & de nepotibus quoque in plurali ſuperſtitibus ex iis filiis defunctis, nulla ſanè ratio eſt cur debeant intelligi de illo tantùm caſu, quo nec niſi duo filij fuerint qui defuncti ſunt, nec niſi vnus ex vno quoque filio nepos. Eſſet enim illa nimia & duplex reſtrictio, vtraq; omnino improbabilis. Præter id quòd ſupradicta verba non tractant eum caſum, quo ſoli ſuperſint nepotes ex filiis prædefunctis, nullus autem alius ex filiis primi gradus, ſed generaliorem illum, quo ſuperſint nepotes ex prædefunctis filiis, ſiue ſoli ij ſint, ſiue cum patruo concurrant qui ſit filius primi gradus. Alioqui eſſet hic caſus prætermiſſus, qui tamen minimè fuerat prætermittendus, cùm æquè facilè poſſit contingere. An non enim æquè fieri poteſt vt damnatus tres filios habuerit, quorum vnus adhuc viuat, alij verò prædefuncti ſint prole aliqua ſuperſtite, atque vt duos tantùm filios habuerit, qui ambo prædeceſſerint? Porrò ſi ponas tres ab initio fuiſſe filios quorum vnus adhuc ſuperſtes ſit, alij verò filios reliquerint, fieri non poteſt vt non plures ſint quàm duo, inter quos portionem illam liberis conceſſam diuidi oporteat. Ergo fatendum eſt vel prætermiſſum ab Imperatoribus fuiſſe hunc caſum, vel eam legis eſſe ſententiam, vt etiamſi plures ſint quàm duo liberi hominis deportati, non eò magis tamen plus quàm dimidia pars iis omnibus in commune tribuenda ſit. De quo ne dubitare poſſimus, facit vltima pars illa diſtinctionis poſitæ in eadem lege, *ſin autem mares Curialis fuerint intermixti,* cuius ſententia nobis paullò latiùs enarranda eſt.

ERROR SECVNDVS.

De priuilegio maſculorum inter liberos Decurionis condemnati. Ad poſteriorem partem d. l. quando quis 10. Et ad l. ſi deportatus 8. C. de bon. proſcript.

DISTINGVNT namque Imperatores circa liberos decurionis tres caſus in quibus aliter atque aliter obſeruari volunt quod pertinet ad portionem hanc liberis tribuendam. Vel enim maſculi tantùm ſuperſunt, vel tantùm fœminæ, vel intermixti mares fœminis. Primo caſu volunt facultates integras ad ſobolem maſculinam pertinere. In eóque melioris condicionis eſſe ſobolem decurionis, quàm alterius condemnati cuiuſlibet, cùm in cæteris etiamſi plures ſint maſculi, omnes tamen non niſi dimidiam tantùm conſequantur: Decurionis verò filius maſculus quamuis vnicus vniuerſa patris bona retineat. Adeóque tametſi nondum editus ſit eo

tempore ſi modò ſit conceptus. Hoc enim omnino requiritur *d. l. 1. §. 1. D. eod.* In honorem ſcilicet ac memoriam dignitatis paternæ, quæ temporibus illis erat maxima & cæteris præfulgens, vt conijcere licet *ex l. iuriſiurandi* 9. in poſtremis illis verbis *etiamſi præclara Curiæ honore præfulgeat C. de teſtib.* Quaſi indecorum eſſet ac vniuerſo Decurionum ordini parum conueniens, Decurionis ſobolem, tùm verò maximè cùm plures eſſent maſculi qui ad eundem ordinem aſpirare aliquando poſſint, egeſtate aliqua laborare. Secundo caſu ſi filiæ tantùm ſint, placet Imperatoribus ſeruari ius commune, quod in cuiuſlibet condemnati liberis quibuſcunque & cuiuſcunque ſexus, vel numeri ſeruaretur, vt ſcilicet pars dimidia apud curiam remaneat quæ ſi non fuiſſet decurio is qui condemnatus eſt, ad fiſcum pertineret, Pars alia ad filias quotquot ſint deuoluatur. Tertio denique caſu cùm intermixti ſunt mares fœminis, dimidia pars maſculis Curiæ nomine deferatur, id eſt ea pars quæ alioqui iure communi pertinere ad Curiam deberet, alia pars inter omnes liberos vtriuſque ſexus in viriles portiones diuidatur. Hic verò caſus eſt, qui ad ſententiæ noſtræ confirmationem maximè pertinet. Nam quod de maribus in plurali numero lex ait, etiamſi ad duos reſtringere velles, ne dictione illa tres aut quatuor ſignificarentur, conuincit neceſſariò ponendum eſſe illo ſaltem caſu tres eſſe liberos; Duos nimirum maſculos, & vnam fœminam, quibus tamen omnibus vna tantùm portio, id eſt bonorum dimidia tribuatur: Nec fieri poteſt vt aliter verificentur ea verba, *ſin autem mares Curialis fuerint intermixti.* Non enim eſſent intermixti mares ſi ſoli eſſent, nulla fœmina: ſicuti nec ſi vnus tantùm maſculus adeſſet. Fateamur ergo non eam fuiſſe iuris veteris rationem, vt ſolus liberorum numerus ternarius ſufficere poſſet ad omnia deportati bona obtinenda: Neque alio caſu debuiſſe liberis concedi vniuerſa bona damnati, quàm quo damnatus fuiſſet decurio ſuperſtitibus maſculis ſiue ſoli ij eſſent, adeóque maſculus vnicus, ſiue cum fœminis. Dixi *adeóque maſculus vnicus*, quia ſi tum quoque cùm filiæ nullæ ſunt ſed vnus tantùm maſculus, omnia tamen bona ei concedi æquum eſt, tanquam filio decurionis, cur non dimidiam habebit ſolus, etiamſi filiæ concurrant? Quinimò dubitandi ratio non leuis ſuberat propter quam filiabus quoque cõcurrentibus totum patrimonium vni filio maſculo relinquendum videretur, quod æquè totum erat ille habiturus etiãſi filia nulla interueniſſet. Verùm non quæ ratio facit maſculum fauorabiliorem fœminis in comparatione Curię quæ per fœminas etiã plures nõ perinde ac per maſculum quamuis vnicum excluderetur, Eadem facere poteſt maſculum fauorabiliorem fœmina ſi inter ſe conferãtur, hactenus ſcilicet vt maſculus excludat in totũ fœminã, quomodo excludere Curiã poſſet. Quippe quòd fœmina etiã ſuo iure deficiẽtibus quoq; maſculis pręferretur Curię in dimidia parte bonorũ nõ minùs quã ſi de alterius cuiuſlibet deportati qui decurio non fuiſſet, bonis ageretur. Satis ergo eſt ſi maſculo decurionis filio in hoc faueatur quòd ſolus dimidiã illam totam habet, quæ ſi ſpecialis fauor nullus eſſet ad Curiã peruenire deberet, Nec eo minùs tamen in alia dimidia ſuccedat cũ ſororibus in viriles, acſi in alia dimidia quæ ipſi nomine Curiæ defertur, præcipuũ fauorem nullum haberet, vt quod hac parte habet priuilegium nõ in diſpendium ſororum vergere debeat, quod pertinet ad portionem illam liberis omnibus in commune concedendam, ſed in damnum Curiæ, quod ad aliam portionem attinet, in qua nihil intereſt ſororum, quæ tametſi

tametſi maſculus nullus eſſet, nihil tamen iuris habere poſſent in ea portione quam Curia ſuo iure vindicaret. Idque eſt, quod lex ait, partem illam dimidiã deferri maſculis *Curiæ nomine*, ac ſi diceret *vice Curiæ* quæ alioqui iure communi poſt illam conſtitutionem vice fiſci eam portionem eſſet habitura. Solum crimen læſæ maieſtatis excipiunt Imperatores *in d.l. quando quis*, in quo nempe ſpeciale eſt vt ob delictum patris innocentes quoque liberi bonorum omnium paternorũ amiſſione mulctentur, adeóque cæterorum vniuerſorum vndecunque tandem prouenerint, ſolis filiabus reſeruata permiſſâque falcidia ex bonis matris in cauſam alimentorum *l. quiſquis 5. C. ad leg. Iul. maieſt.* Cæterùm in eadem *l. quando quis*, quod habet vulgata lectio *ſin autem mares Curiales fuerint interimixti*, benè monuimus ſic emendandum eſſe vt pro *Curiales* reponamus *curialis*. Eſt enim tota illa diſtinctio de liberis non qui ſint ipſi Decuriones, ſed qui ſint liberi Decurionis. Alioqui manca eſſet hac parte diſtinctio quã Imperatores voluerunt perfectã eſſe & abſolutam. Eſſet enim prætermiſſus ille caſus quo liberi Decurionis condẽnati, Decuriones ipſi nõ eſſent, qui tamẽ caſus contingit frequentiùs, Ille verò rariùs vt decurionis liberi quoque ſint decuriones præſertim plures. Nã & ſic in eadẽ lege paullò antè *ſin autem erit ſoboles Curiali* non etiã *Soboles Curialis* cùm de illa quoque Sobole loquatur eo loco quæ nondum ſit procreata & quæ proinde Curialis ipſa eſſe nõ poſſit. Illud denique in ea cõſtitutione notatu dignum eſt quod Imperatores cùm tractant de nepotibus, non de aliis loquuntur quàm ſint *ex defunctis filijs*, ad excluſionem eorum ſi qui forent qui ex filiabus prædefunctis ſupereſſent: Non quòd non ſint etiam iſti æquè nepotes, adeóque liberorum appellatione contineantur *l. 1. C. de condi. inſert.* Sed quia cùm non ſint in poteſtate condemnati ne quidem ante damnationem priuilegium nullum merentur quod ſuis tantùm heredibus indultum fuit, vt apparet ex rationibus quas Paulus noſter in hanc rem congerit *in d. l. cùm ratio in princip.* Nam & inde eſt quod ait *l. de bonis 6. eod. tit. C. de bon. proſcript.* De bonis matris deportatæ nihil liberis deberi, Nimirum quia non habent fœminæ ſuos heredes *l. illud 4. §. ad teſtamenta D. de bonor. poß. contr. tabul.* Nec eſt contrarium quod ſcriptum eſt *in d. l. ſi deportatus 8. C. eod. tit. de bon. proſcript.* Etiam emancipatos ad portionis quæ ſuis heredibus debita eſt communionem admitti, ſi modò parati ſint collationis onus ſubire. Etſi enim emancipati non magis in patris poteſtate ſunt quàm nepotes ex filia in poteſtate aui, aut liberi in poteſtate & familia matris, fuerunt tamen aliquando ſcilicet ante emancipationem. Atqui emancipationem reſcindit Prætor cùm vocat eos ad beneficium bonorum poſſeſſionis cum ſuis heredibus ſub conditione tamen præſtandæ collationis, Plus ergo iuris habent beneficio Prætoris, quàm nepotes ex filia, aut quàm habeant liberi in ſucceſſione matris, Qui nec ſunt in poteſtate, nec vnquã fuerunt, ideóq; nec fuiſſe retrofinguntur. Apparet igitur ex ſuperioribus, nullo caſu tribus aut quatuor liberis condẽnati bona ipſius omnia, nõ magis quàm vni, aut duobus concedi olim debuiſſe. Sed quid reſpondebimus ad *d. §. ſi plures d. l. cùm ratio 7. D. de bon. damnat.* Solus enim locus ille eſt, qui noſtros interpretes fefellit vt hanc diſtinctionem adhibendam putauerint, quaſi iam olim adhibitam ab Hadriano. Quod nunquã credidiſſent, niſi vulgatæ lectionis mendum elegantẽ reſcripti rationẽ conturbaſſet, quæ tamen intelligenda & ſpectãda potiſſimùm erat vt ipſa reſcripti ſententia benè perciperetur. Itaque cùm de ſententia

Digitized by Google

iam nobis conſtet, ſupereſt vt de ipſa emendatione coniecturam noſtram ſubiiciamus.

ERROR TERTIVS.

De caſibus in quibus vniuerſa bona condemnati relinquuntur liberis. Ad d.§.ſi plures l.cùm ratio 7.D. de bon.damnat.

SICVTI veriſſimum eſt,quod proximo capite diſputauimus, Ita fuiſſe ius vetus comparatum, vt non eſſet fauorabilior trium aut quatuor quàm duorum liberorum cauſa in ea portione conſtituenda, quæ condemnati liberis ex indulgentia principali concedebatur, Ita negari certè non poteſt, quin Hadrianus Imp. in eo reſcripto cuius mentio fit *in dict.l.cùm ratio* 7. *§.ſi plures D. de bon.damnat.* rationem præcipuè habuerit numeri liberorum, cùm decreuit vt Albini condemnati filiis vniuerſa patris bona concederentur. Id enim disertè probant verba reſcripti à Paulo relata: *Sed & Diuus*, inquit, *Hadrianus in hanc ſententiam reſcripſit, Fauorabilem apud me cauſam liberorum Albinis numerus filiorum facit, cùm ampliari imperium, hominum adiectione potiùs quàm pecuniarum copia, malim.* Vt proinde dubitari de eo ſolo poſſe videatur quem liberorum numerum adeſſe neceſſarium ſit, vt iuris rationem idcirco immutari oporteat. Nec enim ex ſupradictis verbis certò id colligi, aut etiam coniici poteſt. Sed tamen, ampliſſimum in ea ſpecie fuiſſe numerum liberorum, nec tam plures quàm plurimos liberos, coniicere facile eſt, vel ex eo ſolo quòd non alia ratione moueri ſe teſtatus eſt optimus Imperator quàm numero illo liberorum. Quis enim credat fieri potuiſſe, vt trium vel quatuor filiorum fauor, tam inſolitam ac tùm primùm fortaſſis inductam Principis liberalitatem extorſerit? An fortè adeò inſolitum eſt vt qui deportantur, vel vltimo ſupplicio afficiuntur tres aut quatuor liberos habeant? Aut quid eſt in eo numero propter quod tantus, tàmque amplus videri debeat, vt æquum fuerit hoc vno prætextu recedi ab eo iure quod vulgò & communiter ſeruabatur? Alioqui parum prudenter Iuſtinianus fecerit, qui augendo quotam portionem legitimæ ad trientem, vſque vel ſemiſſem pro numero liberorum, Non maiorem tamen partem tribus vel quatuor liberis dedit quàm duobus vel etiam vni, Trientem ſcilicet pro quadrante, qui olim omni caſu & omnibus liberis erat conſtitutus. Semiſſem verò non aliter quàm ſi quinque ad minus liberi eſſe proponantur. Ita innuens non obſcurè, amplum liberorum numerum non eſſe ſi non niſi tres, aut quatuor ſint, ſed incipere amplum fieri ſi plures ſint quàm quatuor. Sed neque tam faciles fuiſſe prudentes vt liberorum numerum vllo caſu inſpiciendum putarent, ex illo etiam apertiſſimè conſtat, quòd tùm quoque cùm de portione legitima tractabatur quæ iure naturę debita dicitur quartam duntaxat portionem dabant liberis cuiuſcunque numeri eſſent, eius partis quam ab inteſtato erant habituri *l.cùm quæritur 6.l. quæ nuper* 31. *C. de inoff.teſtament:* Primus enim Iuſtinianus fuit qui ex liberorum numero portionem illam augendam eſſe exiſtimauit, ſed cùm hoc incommodo & abſurdo vt quinque

quinque liberorum maior ſit portio legitimaria quàm ſi quatuor tantùm eſſent, cùm tamen in legitima inteſtati ſucceſſione ex qua portio legitimaria æſtimatur, perpetuum ſit vt quo plures ſunt liberi qui ſuccedunt, eò minores portiones conſequantur, *l. non pro numero 2. C. ad SC. Orphit.* Quòd ſi tam rigidi & conſtantes fuerunt prudentes omnes in moderanda & retinenda ea portione quam in bonis parentum liberis naturæ iure debitam eſſe nõ ambigebatur, quis credat fuiſſe illos faciliores in augenda pro numero liberorum parte dimidia quam condemnati liberis concedi voluerant Imperatores? Nam præter id quod erat illa pars iam per ſe auctior, cùm non quarta eſſet vt alia ſed dimidia, Illud etiam mouere debebat ne vnquam augeretur, quòd minùs fauorabilis videbatur quàm portio legitimaria, cùm non iure naturæ vt illa deferretur, ſed potiùs miſerationis tantùm ratione. Nam cùm ius naturæ votúmque ipſum parentum non priùs hereditates parentũ ſiue in totum, ſiue pro parte liberis applicet, quàm parẽtes deceſſerint, adeò vt prçmatura ſpes & improba ſollicitudo eius eſſe dicatur qui contra ius gẽtium feſtinans de viuentis hominis aucupanda nedum occupanda ſucceſſione cogitat *l. 1. §. ſi impubere D. de collat bonor. l. 2. §. interdum D. de vulg. & pupillar. ſubſtitutione l. donari 29. aliàs l. quidam §. donationem D. d. donation. l. vlt. C. de pactis.* Sequitur vt in bonis deportati nulllum re vera ſit ius liberorum, quia & deportati & qui vltimo ſupplicio afficiuntur, amittunt bona cùm ciuitate priùs etiam quàm amittant vitam, vt ſuperiore Decade docuimus. Quò referri etiam poteſt, quod ſcribitur *in l. ſi legatarius 8 in fin. de legat. 3.* Cùm teſtator ab herede ſuo petiiſſet, vt quicquid ex bonis teſtatoris ad eum perueniſſet, filiæ ipſius heredis ita reſtitueret, vt eo amplius haberet, quàm eſſet habitura ex bonis patris: Manifeſtũ eſſe de eo tempore ſenſiſſe teſtatorem quod poſt mortem patris futurum eſſet, atque ita Diuum Pium reſcripſiſſe: Nempe quòd nihil habere poſſet illa ex bonis patris, niſi poſt eius mortem. Sola igitur ratio miſerationis potuit & debuit, mouere Imperatores vt liberis condemnati partem dimidiam bonorum eius concederent, non ius aliquod naturæ. Atqui nemo neſcit fauorabiliorem eſſe cauſam quę à iure ipſo naturę, quàm quę à ſola miſeratione proficiſcitur, indéque deſcendere quod omnes admittunt vt fauorabilior ſit legitima illa portio quæ deſcendentibus in bonis aſcendentium, quàm quæ aſcendentibus in deſcendentium bonis debetur *l. nam etſi 15. D. de inoff. teſtam. l. ſcripto 7. §. 1. D. vnd. liber.* Cur ergo patiamur augeri portionem debitam liberis ex bonis condemnati pro numero liberorum, cùm ea quæ iure ipſo naturæ debetur, non augeatur? Aut cur augeri ſupra dimidiam, cùm Iuſtinianus ipſe qui legitimam liberis naturæ iure debitam ſolus auxit, nullo tamen caſu patiatur maiorem illam eſſe quàm dimidiam, cuiuſcunque tandem numeri liberos is reliquerit de cuius bonis diſputatur? Fateor non ſine magna ratione priſcis illis iiſdémque optimis Imperatoribus placuiſſe, vt condemnati liberis portionem illã dimidiam indulgerent, Iis ſcilicet de cauſis quas Paulus noſter congerit *in d. l. cum ratio,* Non etiam illa quam nonnulli adferunt, quòd crimen vel pœna patris, nullam maculam filio infligere poſſit, quódque vnuſquiſque ex admiſſo ſuo ſorti ſubiiciatur, nec alieni criminis ſucceſſor conſtituatur, quomodo ſcriptum eſt *in l. crimen 26. D. de pœnis.* Nec enim liberi puniuntur cùm paterna bona viuo patre publicantur, nec paterni criminis ſucceſſores ideò conſtituuntur: Sed fit hoc in

Digitized by Google

neceſſariam conſequentiam & ex ordine vt verbis vtar eiuſdem Pauli in *l.cùm vnus* 12. *D. de bon. author. poßid.* quia ſcilicet fieri nequit, vt bona vlla liberis poſt mortem ſuam relinquat is, qui omnia viuus amiſit, quantumuis innocentes ſint liberi, & pro innocentibus habeantur. Quid enim commune habet liberorum innocẽtia, cum amiſſione bonorum patris, quam pater ipſe viuus patiatur? Verùm hoc ego contendo, non alia quàm miſerationis ratione indulgeri potuiſſe liberis condemnati vt ex bonis patris partem acciperent, quòd alioqui durum & inhumanum videretur, ex paterno delicto in tantam & perpetuam liberos delabi egeſtatem: Cæterùm iuris rationem facere, vt ex bonis condemnati qui publicationem paſſus ſit antequàm moreretur, nihil habere debeant liberi quáuis innocentes quia nihil iis fiſcus ſummo iure debet: quod non potuerunt ſiue prudentes noſtri ſiue Imperatores apertiùs exprimere, quàm cùm liberalitati & indulgentiæ principali totum hoc accepto ferendum eſſe ſcripſerunt. Proinde non habent liberi quod conquerãtur, ſi dimidiam duntaxat bonorum paternorũ habeant, nec ſi duodecim, aut viginti ſi voles liberi proponantur, cùm ſi ſũmo iure ageretur nihil penitus habere poſſent. Tantum abeſt vt vllo caſu poſſint obtendere bona ſibi omnia concedi debere ob ſolum numerum liberorum. Ideóque Paulus noſter librum illum ſingularem, ex quo ſumpta eſt *d.l.cùm ratio*, inſcripſit De portionibus quæ liberis damnatorum conceduntur: Vt vel ex ipſa inſcriptione ſignificaret portiones tantùm concedi ſolere non bona vniuerſa, Cùm tamẽ non maior eſſet ratio vt de portionibus quàm de vniuerſis bonis concedendis liber inſcriberetur, ſi tres liberos eſſe ſufficeret, vt bona integra liberis relinqui oporteret. Etſi enim prius eſt vt quis duos, quàm vt tres liberos habeat, Attamen tã frequenter euenit, imò frequentiùs, vt quis tres pluréſve liberos habeat, quàm vt duos tantùm, quia binarius numerus duplici vnitate conſtringitur, Cęteri numeri ſupra binarium latiùs patent, & in infinitum vſque extenduntur. Frequentiùs igitur accideret vt bona condemnati omnia liberis relinquenda ſint, quàm vt portiones tantùm ſi plus apud nos valebunt interpretum opiniones, quàm prudentum ſententiæ. Atquin negari non poteſt vt initio præfati ſumus, quin Hadrianus ab eo iure quod obſeruari ſolitum erat receſſerit in ea ſpecie in qua reſcripſit moueri ſe numero liberorum vt vniuerſa patris damnati bona iis concederet: nimirum, inquã, quia in ea ſpecie inſolitus erat vt arbitror numerus liberorum, id eſt maior quàm eſſe ſoleat, & quàm vt de eo cogitari potuerit in cõſtituẽda portione illa quæ liberis damnatorum ex humanitate indulgeri debere viſa eſt. Non enim ſolent legiſlatores in eo iure ſtabiliendo quod perpetuũ futurum ſit & ad conſequentias trahendum, ad ea reſpicere quæ ſemel aut bis & in ſumma quæ non niſi perrarò eueniunt *l. ex his* 4. *& ſeqq. D. de legib.* Finge Albino fuiſſe non tres aut quatuor tantummodò, adeóque nec quinque aut ſeptem liberos (id enim ſæpiſſimè accidit) ſed duodecim, quod licèt rariſſimè, aliquando tamen euenit. Moueri ſanè optimus Imperator potuit & debuit tanto numero liberorum. Quemadmodum & hodie ſolent Principes noſtri ſi quando talis caſus contingat eiuſmodi perſonis immunitatem ſpeciali priuilegio concedere ab omnibus oneribus publicis, ordinariis & extraordinariis: maximè verò à tributo, quod ex generali lege penditur Principi à plebeiis omnibus ſine vlla penitus exceptione, & apud nos commutatorium appellatur. Habent autem immunitatem patres tot liberis

Digitized by Google

ris onerati non ratione aliqua clauſa vt loquũtur in corpore iuris, neque aliqua lege ſcripta vel conſuetudinaria. Adeóq; nec aliquo ex priuilegio quod huiuſmodi perſonis à Principe oblatum & conceſſum ſit, ſed ex ſpeciali indulgentia quæ non aliter conceditur quàm ſi primùm petatur. Denique peti ſolet non præſtari, Contrà quàm olim reſponderit idem noſter Hadrianus petenti cuidã pro beneficio vt ſibi ex eius authoritate de iure reſpõdere liceret, Non peti hoc ſed præſtari ſolere vt refert Põponius *in l. 2. §. & vt obiter antep. De orig. iur.* Sunt enim tales Principum conceſſiones perſonales & priuilegia ſingularia, quæ perſonam non egrediuntur. *l. 1. §. vlt. D. de conſtit. Princ.* vbi additur non trahi conceſſiones iſtas ad exemplũ, Hactenus ſcilicet vt ex eo ius conſtituatur, quod in aliis perſonis licèt in ſimilibus cauſis obtineat, Trahuntur enim ad exemplũ hactenus vt peti poſſit à Principe & ſperari futurum vt concedat ille quod aliis anteà in pari cauſa conſtitutis indulſerit. Quomodo Paulus noſter in eo ipſo *§. ſi plures*, ait ferri exempla per quę pluribus damnati liberis bona omnia conceſſa ſint, Ne dubitare poſſimus quin non ſolùm in ea ſpecie de qua Imp. Hadrian. reſcripſit, ſed & aliis quibuſdam caſibus idem factum ſit. At ſpeciali ſanè in eam rem petitione opus eſt, & ſpeciali conceſſione, Præſertim cùm non ſolus numerus liberorum ius illud ſingulare poſſit extorquere ſi non alia etiam concurrant, quæ faciant vt tantus liberorum numerus fauorabilis videri debeat, & dignus propter quẽ recedatur ab eo iure quod per Principum indulgentiam tranſiit tandẽ in ius cõmune. Finge enim tam amplũ fuiſſe condemnati patrimoniũ, vt ſi totum inter liberos quamuis tã multos diſtribueretur, futuri tamen eſſent locupletes ſinguli, aut mediocrium ſaltem facultatum. Deſinet æquũ eſſe quod alioquin eſſet æquiſſimum, vt iis bona patris omnia concedantur: Ratio námque miſerationis quæ ſola indulgentiam iſtam principalẽ meruit, hactenus liberis condẽnati ſuccurrendum eſſe ſuadet ne ſumma & perpetua egeſtate laborandũ habeant, Non etiam hactenus vt ex tali conceſſione ditētur: quod nõn modò à fiſci rationibus & vtilitatibus, ſed etiam ab optimorum Principum propoſito alienũ eſſet. Quanquam nõ hoc ita volo accipi vt putẽ diſtinctioni huic locum eſſe ſi cõdemnati liberos ponas eſſe contentos dimidia illa portione quam ex legibus & reſcriptis generalibus iis concedi placuit, ſed vt neceſſaria ſit hæc diſtinctio & obſeruatio, ſi quãdo liberi petãt à Principe bona condẽnati vniuerſa. Difficilior enim eſt, vt eſſe ſẽper debet, conceſſio & impetratio iuris merè ſpecialis & priuilegiarij quàm eius quòd ſit cõmune. Ergo vt bona omnia liberis concedi oporteat, non illud tantùm inſpiciendũ eſt quis & quantus ſit numerus liberorum, ſed etiam quæ quantitas ſit patrimonij & bonorum quorum conceſſio poſtulatur.

ERROR QVARTVS.

De corrupta lectione & emendatione d. §. ſi plures.

IDQVE appareret haud dubiè ex illo ipſo Hadriani reſcripto de quo nunc tractamus ſi vulgatæ lectionis mendum ſententiam & elegantiam reſcripti non fœdaret. Sic enim vulgata lectio habet: *Ideóque illis paterna ſua concedi volo quæ manifeſtabunt tot poſ-*

Digitized by Google

ſeſſores etiamſi acceperint vniuerſa. Quibus verbis certum eſt rationem reddi propter quam paſſus ſit Hadrianus in ea ſpecie moueri ſe numero liberorum. Sed tamen quis huius rationis ſenſus ſit, & quæ ſignificatio verborum quibus ea ratio concepta & expreſſa eſt, nemo explicat, & Accurſius noſter quaſi non viderit, tacet. Ac ſanè fatendum eſt explicari nullomodo poſſe: Latet enim mendum manifeſtiſſimum in verbo *manifeſtabunt*, pro quo ſi reponas, quomodo reponendum exiſtimo, *minimè ditabunt*, ſententia reſcripti & apertiſſima erit, & elegantiſſima, Motum fuiſſe Imperatorem vt in ea ſpecie paterna omnia liberis condemnati largiretur, quòd tantus eſſet numerus liberorum, vt verendum non eſſet ne ex ea liberalitate ditarentur ſinguli etiamſi, bona vniuerſa acciperent. Id enim eſt quod ſignificant verba illa *tot poſſeſſores* (quis enim ferat iis verbis illos etiã ſignificari, qui nõ ſint niſi tres?) & illa rurſum dictio quæ ſequitur *etiãſi* quam alio ſenſu donare certè nemo poſſit. Nam ſi diſtributione totorum bonorum facta inter liberos, fieri potuiſſet vt ditarentur ſinguli, aliter proculdubio Imperator reſcripſiſſet, nec liberorum quantocunque numero motus fuiſſet. Quàm verò facilis & lubricus hic error fuerit vt per imperitiam librarij ſcriptum ſit *manifeſtabunt*, pro eo quod reponimus *minimè ditabunt* apparet ſatis ex ſimilitudine duarum priorum & duarum poſteriorum ſyllabarum dictionis illius *manifeſtabunt*, quæ & ex totidem fermè literis conſtat. Quanquam parum laborandum eſt vnde error fluxerit, cùm & de loci ſententia, & de emendationis neceſſitate ſatis liqueat. Nec eſt quod quis interpretationi noſtræ obiiciat, Nimis remotum eſſe à verbis Pauli vt quod ille ait de pluribus liberis non de tribus aut quatuor, ſed de duodecim accipiatur. Non enim præciſè id exigo vt duodecim liberi ſint ad mouendum Principẽ vt damnati bona omnia liberis concedat. Poſſet enim tam exiguũ eſſe patrimoniũ, vt non dubitarem quin ſi decem tantummodò eſſent liberi, idem nihilominùs admitti oporteret, Ex quantitate ſiquidem patrimonij aliter atque aliter conſtituendum putarem non ab interpretibus, ſed à Principe cuius indulgentia imploraretur. At illud ſemper exigo vt & inſolitus ſit numerus liberorum, & patrimonium eiuſmodi, quod ſi cum liberorum numero conferatur ſingulos liberos ditare non poſſit, quamuis totum inter eos diſtribuatur. Item vt ea conceſſio ſpecialiter petatur & impetretur ab indulgentia Principis, Non quaſi generaliter iam obtenta ſit eo ipſo iure communi quo dimidia pars bonorum condemnati in omnem caſum & cuiuſcunque numeri liberis, adeóque quantum aut quantulumcũque ſit patrimoniũ liberis concedi à fiſco ſolet. Neque repugnet dictio illa *plures* qua Paulus vtitur. Nã cùm ipſi etiam interpretes fateantur non vſque adeò propriè hîc ſumi eam poſſe vt duorum numero contenta eſſe poſſit, illud quoque fateri eos neceſſe eſt *plures* à Paulo liberos dici non ex comparatione vnius, ſed ex comparatione plurium, Id eſt qui ſint plures pluribus, Ergo qui ſint plurimi, aut etiam plures plurimis, quemadmodum plerumque apud latinos authores amplior & latior eſt ſignificatio comparatiui quàm ſuperlatiui, hoc eſt ſi comparatiuus non poſitiuo ſed ſuperlatiuo opponatur. Nec diſſimiliter in ſpecie illius reſcripti cuius meminit etiam Marcianus *in l. qui in prouincia* 57. §. 1. *D. de rit. nupt.* quo teſtatur Imperator moueri ſe diuturnitate temporis, iuſta quoque facti alieni ignorantia & numero liberorum ex illicito matrimonio ſuſceptorum vt omnibus his concurrentibus liberos faciat legitimos, Non de

alio

Digitized by Google

alio liberorum numero ſenſiſſe puto Imperatorem, quàm qui ſit maximus & inſolitus. Qualem in ea ſpecie fuiſſe vel ex eo poteſt coniici quòd per annos quadraginta figura illa matrimonij illiciti duraſſe proponebatur.

ERROR QVINTVS.

De portione legitimaria quam interpretes dant liberis eius cuius bona per ſtatutum ſimpliciter confiſcata ſunt, & an ſit debita iure naturæ?

CONFVTATO illorum errore, qui putant Etiã hodie ſi quis ex forma ſtatuti bonorum omnium publicationem paſſus ſit, eius tamen liberis eaſdem portiones tribuendas eſſe quæ olim ex indulgentia quidem principali, ſed tamen iure quodammodo communi tribuebantur, adeóque vniuerſa bona ſi plures ſint quàm duo, Reſtat vt illos quoque refellamus qui tanquàm noui Erciſcundi contrarias aliorum opiniones ſic temperant, vt neque patiantur liberos in totum ſpoliari bonis paternis, neque rurſum tam fauorabiliter tractari, vt vllo caſu vniuerſa damnati bona iis tribuant, nec tam amplam portionem quam habebant olim, id eſt dimidiam partem bonorum, ſed ſolam eam portionem quæ iure naturæ debetur, quam vulgò legitimam, alij legitimariam vocant. Quę ſententia eſt Iulij Clari *lib. 5. Sentent. §. fin. quæſt. 78. num. 26. verſ. videndum eſt*, vbi & communem hanc eſſe atteſtatur, Reprehenſus eo nomine ab Antonino Teſſauro *Deciſ. Pedemont.* 198. paullò ante finem, qui receptiorem illam eſſe ait quæ à nobis proximè refutata eſt. Sed ſit vtraque ſi volent, communis, vt quod aliis pleriſque caſibus euenit diſputandum habeamus duntaxat, vtra ſit communior. Nos facilè probabimus non minùs hanc quàm illam falſam eſſe, licèt temperatior eſſe videatur. Non aperit Iulius Clarus, quibus rationibus eam fulciri putet, vt neque aliàs ſolet in communibus opinionibus aut lege, aut ratione aliqua confirmandis valde laborare aut immorari, Adeò fuit ille non modò breuitatis ſtudioſus, ſed etiam communium opinionum ferè omnium religioſus venerator. Quaſi nec dubitans quin ea temporum noſtrorum condicio ſit, vt quiſquis Iuriſprudentiam honorificè ac vtiliter profiteri velit, nihil aliud inquirendum habeat, niſi quid in quaque quæſtione magis communiter ab interpretibus probetur. Verùm non eſt difficile animaduertere duas potiſſimùm rationes in huius ſententiæ confirmationẽ adduci poſſe. Vna eſt, quòd legitima iſta portio cùm & iure naturæ & ex voto parentum ſit liberis debita, fauorabilior eſſe videatur, quàm ea quæ olim ex indulgentia principali tribuebatur, Non ſolùm quòd ſit minor tanquã quæ regulariter ſit triens nec niſi certis caſibus, & pro numero liberorũ ad ſemiſſẽ vſque aſcẽdat, Illa verò ſemper erat dimidia, non minùs ſi filius condemnati vnicus, quàm ſi plures liberi proponerentur. Sed etiam quòd iure naturæ debeatur, ideóque difficilius ſit vt citra iniuriam & ſaluis naturæ legibus denegetur. Altera ratio eſt, quod interpretibus ferè omnibus

Digitized by Google

vulgò placet, Statuto poſſe quidem minui quotam legitimæ, ſed legitimam ipſam in totum tolli non poſſe: Quo admiſſo fruſtra eſt quærere de huiuſmodi ſtatutorum interpretatione, An ea mens ſtatuentium fuerit vt liberorum quoque legitimam publicari & fiſco applicari voluerint, cùm nec ſi voluiſſent attamen potuiſſent. Enimuerò quàm futilis vtraque ratio ſit, nemo non ſtatim videbit, qui modò ea quæ iam diſputauimus diligenter legerit. Nam quod ad primam pertinet, verum quidem eſt quod Paulus noſter ſcribit *in l. cùm ratio 7. in princip. De bon. damnat.* naturalem rationem quaſi legem quandam tacitam addicere liberis parentum hereditatem velut ad debitam ſucceſſionem eos vocádo, Ita vt cùm liberi parentibus ſuccedunt penè ad propria bona veniant *l. 1. §. largius D. de ſucceſſ. edict.* quippe quorum domini iam viuo adhuc patre exiſtimentur *l. in ſuis 11. D. de liber. & poſthum.* vnde & ſuorum heredum nomen acceperunt *d. l. cùm ratio*: Itémque quod Papinianus *in l. ſcripto 7. §. 1. D. vnd. liber.* naturæ ſimul & parentum commune votum admittere liberos ad parentum ſucceſſionem, cùm è conuerſo parentes ad bona liberorum ſola ratio miſerationis admittat, ſed non ideò conſequens ſit, vt in bonis parentum legitimam iure naturæ liberis deberi verum ſit, cùm vel ex ipſo legitimæ nomine appareat, deberi eam ex legibus, ideóque & legitimam appellari. Si enim iure naturæ deberetur, non legitima portio dicenda erat ſed naturalis: Nec rurſum de legitima iſta portione Paulus & Papinianus ſupradictis locis loquuntur, ſed de tota ipſa parentum ſucceſſione, De qua proinde dicendum eſſet quod de ſola legitima iactant interpretes, Deberi eam integram iure naturæ, ſi quid ad rem, prædicta Pauli & Papiniani ratiocinatio pertineret, quod tamen nemo ex interpretibus vnquam dixit, Aliud enim eſt addici parentum hereditatem liberis ratione naturali vt Paulus loquitur *in dict. l. cùm ratio*, vel quomodo Papinianus *in l. nam etſi 15 in princip. De inoff. teſtam.* ob naturalem parentum erga liberos charitatem, Aliud verò Deberi eam iure naturæ. Nam ſi ius naturæ hoc faceret nulla ciuilis ratio poſſet facere vt à parentum hereditate liberi arcerentur, cùm nemo neſciat iura naturalia eſſe immutabilia, nec vlla iuris arte corrumpi poſſe *l. eas 8. in fin. D. de capit minut. §. vltim. Inſtitut. eod. & § . vlt. Inſt. de iur. natur. gent. & ciuil.* Præterea non eſſet ius hoc proprium ſuorũ heredũ quod iuris ciuilis nomen eſt, ſed ad omnes liberos etiã emancipatos pertineret, quos ſcilicet natura æquè ac ſuos agnoſcit. Quippe cui ſunt incognita nomina iſta ſuitatis & emancipationis, quæ ſola lex duodecim tabularum pro familiarum diſtinctione & conſeruatione introduxit. Et tamen certum eſt prudentes noſtros quibus locis loquuntur de patris ſucceſſione liberis addicta non niſi de ſuis heredibus tractare, *d. l. cùm ratio d. l. in ſuis*, vt ſignificent non idem in emancipatis dici poſſe: ac proinde ex ciuili iure id fieri non ex naturali, licèt fiat ob rationem naturalem. Nam vt alibi ſæpius monuimus, Non quemadmodum ius naturale nullum eſt ſine ratione naturali. Sic è conuerſo, naturalis quælibet ratio ſufficiens eſt ad conſtituendum ius naturale, Nec contrarium eſt quod de emancipatis non minùs quàm de ſuis heredibus loquitur Vlpianus *in d. l. 1. §. largius D. de ſucceſſ. edict.* cùm ait largius tempus parentibus liberiſque tribui petendæ bonorum poſſeſſionis tribui à prætore, quod arctandi non erant, inquit, qui penè ad propria bona veniunt. Nam præter id quod locus ille probaret, Etiam liberorum ſucceſſionem iure naturæ debitam eſſe parentibus, de quibus eo lo-

co Vlpia-

Digitized by Google

eo Vlpianus,non minùs quàm de liberis loquitur, illud etiam conſtat Prætorem in eo iure quod introduxit De bonorum poſſeſſionibus non alia ratione parem cauſam facere emancipatorum & ſuorum heredum,quàm quia reſcindit primùm capitis diminutionem illam, quæ per emancipationem contingit,*l.3.§.ſi emancipatus D.de bonor.poß.contr. tab.* Qua reſciſſa, relinquitur vt nulla inter ſuos & emancipatos differentia ſuperſit,quod ad effectũ ſucceſſionis,nec ſimiliter quantùm ad patrem filio emãcipato ſuccedentem, quia poſt reſciſſam emancipationem perinde habetur filius acſi ſemper mãſiſſet in poteſtate, vt perinde verum ſit etiam patrem cùm ſuccedit filio emancipato venire ad bona pene ſua & propria,quoniam ſi filius in poteſtate manſiſſet,omnia quæſiuiſſet patri *l.1.D.ſi à parent.quis manum.ſit. l.placet* 79. *D.de acquir.hered.*Ex eóque intelligimus magis ex iure & poteſtate ſuitatis, quàm ex naturæ iure deſcendere vt parentum hereditas liberis addicta exiſtimetur, Cùm eodem ferè iure apud Prætorem cenſeantur parentes liberis ſuccedentes, quo liberi ſuccedentes parentibus,tametſi contra commune ſuum & naturæ votum parentes liberis ſuccedant,*d.l.nam etſi.* Aliud nimirum eſt ſuccedere ex voto parentis,aliud verò ſuccedere ex debito, & ex iuris ſiue naturalis,ſiue ciuilis aut prætorij neceſſitate.Nec egerent voto parẽtum & naturæ,liberi,ſi parentum hereditates iis iure naturæ deberentur. At neque ſeparãdæ hac parte eſſent ſucceſſiones maternæ à paternis. Nam cùm non minùs matri quàm patri commune illud ſit, vt hereditatem ſuam liberis communibus aliquando relictam velint,eóque certiùs & iuſtiùs maternã hereditatem ſperare liberi poſſint quàm paternam, quòd mater ſemper certa eſt,non etiam pater *l.quia ſemper* 5.*D.de in ius vocand.d.l.*nam etſi *d.l.ſcripto §.1.l.4 .D. de curat.furioſ.* Nihil certè cauſæ eſt cur non fatendum ſit maternam æquè ac paternam hereditatem liberis deberi iure naturæ, ſi verum eſt paternam eo iure ipſis debitam eſſe. Vtrumque enim perinde & ratione naturali nititur,& voto parentum. Atqui de materna hereditate nihil vſquã tale proditum eſt.& ſupradicti omnes loci de paternis tantùm bonis loquũtur,non de maternis,quia fœminæ non habent ſuos heredes *l.illud* 4.*§.ad teſtamenta D.de bonor.poſſ.contr tabul.l.mulierem* 5.*C.de adopt.* Ideóque nimirum certi iuris ſemper fuit,de bonis matris deportatæ nullam portionem liberis eius concedendam eſſe, vt diſertè ſcriptum eſt *in l. de bonis C. de bonis proſcript.*Cùm igitur alio iure pater,alio mater hac in re cenſeatur, Apparet euidentiſſimè non tam naturali quàm ciuili iure fieri vt paterna hereditas ſuis heredibus ſolis debita eſſe dicatur. Adeò vt neque Prætor, qui tamen potiſſimùm naturalem æquitatem intuetur, det vnquam bonorum poſſeſſionem ex capite Vnde liberi petentibus liberis maternam ſucceſſionem,ſed ex capite Vnde legitimi,quia non ſuo iure ſuccedunt matri liberi,quomodo ſui heredes patri, quos conſtat nec indigere vt inteſtati patris hereditas iis per legem 12.tab.deferatur,ſed ſuccedunt iure ciuili ex SC.Orphitiano ſi legitimi ſint liberi, & ex legitimo matrimonio nati *lege generaliter* 3. *D. vnd. legit.* aut ex capite edicti Prætoris Vnde cognati ſi ſint ſpurij *leg.* 1. §. *ſi qua pragnans l.2.l.ſi ſpurius D.vnd.cognat.*Cur nõ verò Vnde liberi cùm ſint liberi non minùs imò certiùs,vt dictũ eſt,matris quàm patris?Nẽpe quia prętor ea parte edicti Vnde liberi,non omnes liberos vocat,ſed eos tantùm qui vel ſint ſui heredes,vel futuri erãt ſi emancipatio nõ interueniſſet:In quo numero non ſunt liberi reſpectu matris ſed patris tantùm.Falſum igitur eſt quod

Digitized by Google

noſtri pro tam vero habent, parentum hereditates iure naturæ liberis debitas eſſe. Illud verò falſius, legitimam portionem quæ inofficioſi teſtamenti querelam excludit eodem iure naturæ deberi, Cùm ratione legitimæ nihil vnquam interfuerit an in bonis paternis, an in maternis ea peteretur. Semper autem valde interfuerit ratione ſucceſſionis an de paterna, an verò de materna ageretur, vt oſtendunt ea quæ modò diximus. Nam & idcirco inſtituendus erat à patre filius vel exheredandus & quidem nominatim, vt valeret teſtamentum, non etiam à matre cuius præteritio pro exheredatione habebatur *Tit. de exhered. liber. Inſt.* Et quamuis ritè facto teſtamento perinde arceatur filius à querela contra teſtamentum, ſiue patris, ſiue matris proponenda ſi modò quartam bonorum partem quoquo relicti titulo acceperit, inſpecto iure vetere, Priùs tamen quàm inductum eſſet querelæ remedium ſiue per legem Gliciam, vt vult Cuiacius, ſiue quod nos magis probamus, per interpretationem prudentum, An non excluſi erant liberi non modò à legitima, ſed etiam ab vniuerſa ſucceſſione ſiue exheredati eſſent nominatim à patre, quamuis ſine cauſa, ſiue à matre etiam præteriti? Quis ergo dicat iam tùm debitam liberis fuiſſe legitimam iure naturæ in bonis parentum, aut ipſam quoque parentum ſucceſſionem? Quòd ſi neque ſucceſſio, neque legitima eo tempore debita iis erat iure naturæ, An fortè admittemus ius aliquod naturæ poſterius tandem emerſiſſe ex quo cœperit non modò legitima portio, ſed ipſa etiam parentum ſucceſſio liberis deberi?

ERROR SEXTVS.

De differentia portionis quæ debetur liberis, & eius quæ debetur patrono in bonis liberti condemnati, Et de priuilegio ſuorum heredum hac in re.

SED etſi verum eſſet debitam eſſe parentum ſucceſſionem liberis iure naturæ, aut ſaltem legitimam in bonis parentum portionem, Mala tamen eſſet illa interpretum collectio, vt ob eam cauſam ſalua eſſe debeat ſaltem legitima iſta portio in bonis condemnati. Hoc enim ſi ita eſſet, Non ergo debuerat olim materna ſucceſſio à paterna ſeparari *dict. l. de bonis*, Nec rurſus alia portio liberis concedi ex indulgentia principali, quàm quæ legitimam æquaret, quod tamen factum non eſt *d. l. cùm ratio.* Sic enim obſeruabatur in perſona patroni, ſi fortè libertus bonorum publicationem paſſus eſſet, vt non eriperetur patrono, quod is habiturus erat in bonis liberti ſi libertus morte ſua deceſſiſſet, at reliqua tantùm pars quæ ad manumiſſorem pertinere non poterat, fiſco vindicaretur *d. leg. cùm ratio §. ſi in libertinum.* Scilicet quia patrono ſua portio verè debetur nullis exiſtentibus liberis, non quidem iure naturæ aut ciuili ſed prætorio, quamuis non ſine ratione naturali *l. 1. & tot. tit. D. de bon. libert.* vbi paſſim hæc debita portio appellatur: Quod quamuis de legitima quoque portione quibuſdam locis ſcriptũ ſit *vt in l. Papinianus 8. §. quoniam autem D. de inoff. teſt.* quã & debitũ naturale vocauit Iuſtinianus *in l. ſcimus 36. §. vlt. C. eod.* longè tamẽ alio ſenſu id dictũ videri debet, ſcilicet nõ vt debeatur abſolutè, ſed vt debeatur cauſatiuè, vt noſtri loqui ſolent, id

eſt

Digitized by Google

eſt ad effectũ excludendæ querelæ inofficioſi teſtamenti,poſtquã fuit remedium illud introductũ ad parentum impietatẽ & licentiam nimiam qua abutebãtur coercendá,cùm anteà inauditũ eſſet nomẽ legitimæ,tantùm aberat, vt ſiue ſucceſſio ipſa tota patris vel matris,ſiue ſucceſſionis portio aliqua iure vllo liberis debita diceretur. At patrono debetur omnimodo dimidia portio in bonis liberti ſine liberis defuncti, dátque illi prætor dimidiæ partis bonorum poſſeſſionem contra tabulas,dummodò adſit hoc vnum,vt ex liberti teſtamento hereditas adita ſit, aut bonorum poſſeſſio petita *d. l. illud 4. in princip.* D. *de bonor. poſſ. contr. tab. l. 3. §. vt patronus* D. *de bon. libert.* Conſequens igitur eſt, vt quo caſu de querela inofficioſi teſtamenti tractare non poteſt, nec illud dici poſſit legitimam aliquam liberis deberi. Atqui non poteſt liberis competere querela mortuo patre condemnato,non ob id ſolùm quòd teſtamentum nullum eſſe poteſt hominis ad vltimum ſupplicium damnati,aut deportati,vt probauimus in ſuperioribus, ſed etiam quia non alio caſu proponi querela poteſt, quàm quo non ſit relicta portio quæ relinqui potuit & debuit ex bonis defuncti quæ is mortis tempore reliquerit,& ex comparatione eius quod ab inteſtato habiturus fuiſſet is qui vult conqueri *d. l. cum quæritur 6. C. de inoff. teſt.* Nulla porrò bona relinquere poteſt moriens is,qui viuus & bona omnia & ciuitatem amiſit & ius quoque habendi heredis ab inteſtato. Non eſt igitur quod hoc caſu de naturali debito legitimæ tractari queat, vt neque de querela inofficioſi teſtamenti, Cui nec locus eſſet etiamſi non amiſſa, ſed inter viuos donata eſſent bona, ita vt hoc caſu neceſſe fuerit induci remedium querelæ inofficioſæ donationis vt fraus per donationem facta querelæ inofficioſi teſtamenti,vindicaretur *l. 1. vlt. & paſſ. C. de inoff. donat.* Ergo fateamur quod res eſt, rationem ob quam olim dimidia portio bonorum condemnati liberis tribuebatur: non illam fuiſſe quòd ea portio iure naturæ debita videretur præſertim cùm duplo legitimã portionem excederet,nec ab initio ita ſoleret obſeruari vt portio aliqua liberis concederetur,ſed hãc vnã quòd inhumanum videretur ob delictum patris in ſummam egeſtatem deuolui liberos innocentes, & quibus neque culpa vlla propria,neque paternum crimen poterat imputari. Quę ratio ſolis conueniebat ſuis heredibus,qui quoniam iure patriæ poteſtatis impediebantur ne poſſent ſibi quicquam acquirere patre volente ſibi per eos acquiri,manebant ſanè nudi & ſine bonis vllis ſi paternis omnino ſpoliarentur. Inde fiebat vt emancipati ad eam portionem conceſſam non admitterẽtur cum ſuis heredib. ſi nõ bona ſua omnia conferre parati eſſent *l. ſi deportatus 8. C. de bon proſcript.* Item vt adoptiuis liberis eędem portiones quæ naturalibus & legitimis concederentur,dum ne infraudem fiſci facta eſſet adoptio *d. l. cùm ratio §. ex bonis*,quia cùm adoptiui fiãt ſui heredes patri adoptatori,eiq; acquirãt omnia iure poteſtatis,nõ alia bona ſperare vlla poſſũt quã ex patris adoptiui ſubſtantia,& ita fieret neceſſariò vt æquè ſumma egeſtate laborarent ſi non iis perinde ac cæteris ſuis heredibus naturalibus & legitimis ex humanitate ſubueniretur. Rurſum vt liberis matris condemnatę nulla portio tribueretur *d. l. de bonis*,quia etiam poſt publicata materna bona omnia,poterant iis ſufficere paterna. Denique vt neque nepotum ex filiabus prędefunctis ſuperſtitum ratio vlla haberetur, ſed eorum duntaxat qui ex filiis prædefunctis ſupereſſent *l. quando quis* 10. *eod. tit.* Quia ſcilicet cùm nepotes ex filia familiam patris ſequantur non matris *l. familiæ 196. §. 1. de verb.*

ſign fic.l.pen.D.de lib.agnoſ. verēdū nō erat ne amiſſis bonis omnib. aui materni, fame perirēt, qui bona patris omnia retinebāt. In ſūma nullo caſu fuiſſe debitas liberis portiones iſtas quæ iis ex principali indulgētia cōcedebātur, apparet vel ex ipſis nominibus indulgentiæ & conceſſionis. Nam neque indulgeri, neque concedi diceretur quod iure aliquo ſiue ciuili, ſiue naturali deberetur *l.donari* 81.*de reg. iur.* & quamuis admitterem quod toties negaui, debitam eſſe liberis à parentibus legitimā aliquā portionem, Eſſet tamen ratio ineptiſſima ſi quis ex eo inferre vellet, concedendam igitur illis eſſe legitimā, quia licèt præſtetur portio ex bonis condemnati parentis, non tamē à parente præſtatur, ſed à fiſco, poſtquā is bona damnati omnia iure ſuo occupauit. *d.l.ſi deportatus* 8.*C.de bon.proſcript.* Itaque debitam à fiſco eam eſſe oporteret, vt concedi eam quaſi debitam neceſſe eſſet. In eóque rurſum differt portio illa dimidia, quæ liberis condemnati à fiſco conceditur, ab illa quæ patrono relinquēda eſt ex bonis dānati libertini. Non enim à fiſco hæc conceditur, ſed patrono primùm defertur, nec quicquam vindicatur fiſco priuſquàm patrono fuerit ſatisfactum *d.§.ſi in libertinum:* quæ differentia notanda maximè eſt, ſed magis ratio differentiæ. Quia portio dimidia debetur patrono in bonis liberti iure cuiuſdā obligationis, & imagine quadam ſocietatis, vt quod viuus ſolebat ſocietatis nomine præſtare id etiam poſt mortem ſuam præſtaret quemadmodum ſubtiliter ratiocinatur Vlpian. *in d.l.1. §.vlt.D.de bon.libert.* At portio neque legitima, neque alia vlla debetur liberis à parentibus iure naturæ ſed tantùm ex voto naturæ quomodo Papin. noſter loquitur *in d.l.ſcripto in fin.Vnd.liber.* quod longè diuerſum eſt. Nec enim votum illud obligat quod nihil niſi deſiderium eſt, ius autem naturæ obligaret. Ac certè ſi natura debere is dicitur quem iure gentium dare oportet *l.cùm amplius* 184.*§.is natura debet.de regul.iur.* qua fronte poſſunt liberi dicere vllam ſibi legitimam deberi iure gentium ſiue à parētibus, ſiue in bonis parentum, cùm feſtinare dicatur contra ius gentium quiſquis tam improbus eſt vt ſollicitus ſit de hereditate viuentis *d.l.donari* 29.*aliàs l.quidam. §.donationem D.de donat.* etiamſi non de vniuerſa ſucceſſione, ſed de legitima ſola cogitet? *l.1.§.ſi impubere D.de collat.bonor.*

ERROR SEPTIMVS.

De legitima ſublata per ſtatutum ex quo irrogata ſit patri ſimpliciter confiſcatio bonorum.

RATIO altera eſt qua diximus moueri pleroſque interpretū, vt legitimam deberi putent liberis eius cuius bona per ſtatutum ſimpliciter & indiſtinctè confiſcata ſint nulla liberorum mentione facta, quia, inquiunt, fieri non poteſt vt legitima per ſtatutum tollatur in totum, Præſertim ea quæ liberis & deſcendentibus debetur, vtpote quæ non tantùm miſerationis, & æquitatis ratione, ſed ipſo etiam naturæ iure, quod immutabile eſt, debita eſſe exiſtimetur. Sed ea quoque ratio & falſa eſt, & ad propoſitam quæſtionem parum accommodata. Falſa eſt, quoniam vt iam diſputauimus *in Error.* 3. *Decadis* 15. cùm legitima nihil aliud ſit quàm por-

tio

tio portionis ab inteſtato contingentis *l. quæ nuper 31. C. de inoffic. teſtament.* conſequens omnino eſt vt Statuta, quæ poteſtatem habent diſponendi de ſucceſſionibus & hereditatibus, etiam de legitima liberè ac pro arbitrio diſponendi facultatem habeant, ac proinde illam in totum quoque tollendi. Cùm fieri nequeat vt ei qui à ſucceſſione in totum excluſus eſt legitima vlla debeatur. Hinc eſt quod non priùs cœpta eſt liberis deberi legitima in bonis matrum, quàm ex SC. Orphitiano cœperint liberi ſuccedere matribus ab inteſtato, cùm anteà non ſuccederent, tanquam qui neque ſui eſſent, neque agnati, vt Iuſtinianus refert *in tit. de Senatuſc. Tertyll. & De SC. Orphit. Inſtit.* Item quòd ante comparatam & introductam querelam inofficioſi teſtamenti ſiue per legem Gliciam, vt credidit Cuiacius, ſiue quod probabilius ſemper exiſtimaui per interpretationem prudentum ad legem 12. tabul. nulla liberis in parentum bonis legitima debebatur, neque verò quæſtioni de legitima locus fieri vllus poterat, de qua tum agi cœptum eſt cùm de querela inofficioſi tractari cœpit, quam ſcilicet ſub ea veluti condicione prudentes induxerunt, & proponi poſſe voluerunt, ſi quartam non haberent liberi aut aliæ perſonæ, quibus ab inteſtato vel tota ſucceſſio, vel pars ſucceſſionis debita fuiſſet. Illud enim duntaxat primùm fuerat inductum, vt liberos qui in parentum poteſtate eſſent, ab iis vel inſtitui, vel exheredari neceſſe eſſet vt teſtamentum valeret, non etiam vt portionem aliquam ſiue quartam, ſiue aliam iis exheredatis relinqui oporteret, ſiue ad implendam teſtamenti ſollennitatem, ſiue ad impediendum ne ſubuerti teſtamentum quandoque poſſet, nondum inducto, vt dixi, remedio querelæ, cui nec aliud cauſam dedit, quàm quòd nimia illa liberos pro arbitrio exheredandi licentia parentes paſſim abutebantur, exheredando eos vt plurimùm ſine cauſa eo ſcilicet tempore quo & occidere illos impunè potuiſſent, quomodo Paulus noſter ratiocinatur *in l. in ſuis 11. D. de liberis & poſthum.* Quòd ſi ex his apparet aliquod fuiſſe tempus in quo ſic obſeruabatur vt legitima nulla deberi crederetur ne quidem liberis in bonis parentum, Planè non video quid obſtet quominùs poſſit, quiſquis cōdendæ legis poteſtatem habet, etiam hodie facere vt eodem iure vtantur liberi quoque, ac multò magis cæteri ne poſſint legitimam vllam petere, in bonis præſertim eorum à quorum inteſtatorum ſucceſſione penitus ſint excluſi. Et verò ita obſeruari in Gallia edicto contra matres in eam rem expreſſim facto, præterquàm in Delphinali prouincia, quę ius illud admittere nunquam potuit, Itémque apud Auguſtanos noſtros generaliùs, ne parentes in liberorum bonis legitimam aliquam habeant, notiſſimum eſt, & ex conſtitutionibus Regiis, & ex ſcriptis moribus Auguſtanorum: Idque nos ſupradicta Decade iam monuimus. Et quod noſtri diſtinguunt quotam legitimæ à tota, quaſi quota minui poſſit per ſtatutum, ſed non tolli tota, faciunt hercle, iudicio meo, parùm ſubtiliter. Non enim magis à natura eſt, nec minùs ex legibus vt filius legitimam aliquam habeat in bonis patris vel matris, quàm vt ea legitima ſit quarta ſemper, vt olim, aut vt hodie triens vel ſemis pro numero liberorum; neque minùs legitima eſt & dicitur portio illa quæ parentibus debetur in bonis liberorum, aut fratribus in ſucceſſione fratris qui turpem, aut maculæ alicuius nota aſperſum heredem inſtituit, quàm quæ liberis in bonis parentum, cùm tamen nemo dicere bene poſſit, æquè naturali iure legitimas iſtas omnes

debitas eſſe Parentes enim ſola ratio miſerationis admittit & quidem contra votum commune & naturæ & parentum, vt ſæpius diximus ex *lege nam etſi* 15. *D. de inoff. teſtament. l. ſcripto* 7. *§. vltimo D. vnd. liber.* Tantum abeſt vt poſſit dici vllam iis deberi legitimam iure naturæ: Fratres verò ad querelam inofficioſi teſtamenti eo demum caſu quo turpis vel quoquomodo notata perſona heres inſtituta ſit, ſola ratio æquitatis inuitat, & publicæ honeſtatis. Et tamen omnes hæ portiones perinde dicuntur legitimæ, quia æquè omnibus commune illud eſt vt ex legibus debeantur. Quod autem adferri ſolet *ex l. vltima D. de bonis damnatorum*, rationem naturalem quaſi legem quandam tacitam addicere liberis parentum hereditates, vt ex eo inferatur, quod paſſim noſtri inferunt. Iure igitur naturæ legitimam liberis deberi, quàm parum ad rem faciat, iam ſuprà oſtendimus. Falſa igitur eſt ratio illa quam noſtri adferunt vt probent legitimam ſtatuto in totum tolli non poſſe quod iure naturæ debeatur. Quàm verò parum ſit ad propoſitam quæſtionem accommodata, quod etiam probandum nobis eſt, Apparet ex eo, quod etiamſi tam vera eſſet quàm falſa eſt, fieri tamen ex ea non poſſet vt eo magis legitima aliqua liberis deberetur eo caſu quo per ſtatutum irrogata ſit patri ſimpliciter confiſcatio bonorum. Tunc enim de legitima quærendum eſt, An tolli ea in totum poſſit per ſtatutum, Cùm ſtatuto prohiberentur liberi petere legitimam in bonis quæ pater mortis tempore reliquiſſet, Quo demùm tempore quæri poteſt de ponenda & ineunda legitimæ ratione, *lege cùm quæritur 6. C. de inoffic. teſtament.* At in propoſita quæſtione nihil tale tractari poteſt. Confiſcatio ſiquidem vniuerſorum bonorum efficit vt nulla bona moriens poſſit relinquere, qui omnia viuus amiſit, ac proinde vt nihil ſit ex quo legitima præſtari & deduci queat: Niſi fortè quis velit dicere, nec illud per ſtatutum fieri poſſe vt bona condemnati omnia publicentur. Quod tamen fuerit prorſus improbabile. Quidni enim poſſit hoc fieri per ſtatutum, quod etiam remota ſtatuti poteſtate fieret ex iure communi, tùm quoque cùm portio dimidia liberis eſſet conſeruanda vel potiùs tribuenda? Nec enim quod ea portio tribuitur liberis ex indulgentia Principis, facit aut impedit quominus bona condemnati vniuerſa publicentur & in fiſcum cogantur, Ideóque & indulgentia Principis neceſſaria eſt, & portio illa per fiſci manus capienda, vt diximus in præcedentibus *ex leg. ſi deportatus* 8. *& leg. quando quis* 10. *C. de bonis proſcript.* Nulla ergo, neque iuris, neque æquitatis ratio patitur vt propter condemnati liberos prohibeantur ſtatuentes pœnam irrogare publicationis vniuerſorum bonorum, ſoláque illa ſupereſſe quæſtio poteſt, An ex iis bonis omnibus tractari portio aliqua liberis à fiſco tribuenda ſit, quomodo ex iuris communis ratione olim tribuebatur. Cæterùm quin ſtatuto prohiberi poſſit ne qua tribuatur, dubitandum non eſt, cùm ſi quando tribuatur, non fiat niſi ex indulgentia, quam neceſſe eſt nomen ſuum amittere, quoties ab inuito extorquetur, quod non niſi ab indulgentis liberalitate proficiſci deberet: Alioqui dicendum eſſet non modò legitimam portionem quæ debetur liberis in bonis patris condemnati per ſtatutum tolli in totum non poſſe, ſed neque illam quæ viuo condemnato tribuenda eſt liberis eius à fiſco, quam tamen nemo dixerit debitam eſſe iure naturæ, cùm ſit illa duplò amplior & maior quàm ea quæ iure vetere poſt parentum mortem liberis pro legitima debebatur.

Erat

Digitized by Google

Erat enim hæc quarta bonorum, illa dimidia, idémque etiam hodie iuris eſt, cùm non ſit à Iuſtiniano aucta legitima niſi vſque ad trientem ſi quatuor tantùm ſint liberi, quamuis voluerit poſſe ad ſemiſſem vſque aſcendere ſi plures quàm quatuor liberi proponantur, Eo autem admiſſo vt non poſſet ſtatuto tolli ea portio quæ ex iure communi liberis condemnati præſtanda eſſet, fieret vt cùm interpretes ferè omnes fateantur poſſe ſtatuto minui quotam legitimæ, non poſſet tamen in quæſtione noſtra ſtatutum facere vt non augeretur ſupra legitimæ modum ea portio quam legitimæ loco eſſe, ac in eius quodammodo vicem ſubſtitui volunt, ita fieret vt inuiti ſtatuentes cogerentur meliorem facere condicionem liberorum hominis ex grauiſſimo delicto condemnati quàm eius qui innocens, & in ciuitate deceſſiſſet, ſi poſſent minuere legitimam portionem liberorum hominis innocentis, non etiam liberorum hominis condemnati: Quod certè perabſurdum & iniquũ eſſet: Cùm delicta pręſertim atrociora grauiùs & atrociùs puniri interſit reipublicæ, cuius potiorem cauſam eſſe cõuenit quàm liberorum, quia & reipublicæ prius quàm vel ſibi, vel parentibus liberi naſcuntur *l.1.§. & generaliter De ventr. in poſſeſſ. mittend. l.1. in fi. D. ad leg. Iul. maieſt. l. poſtliminium 19. §. filius quoque familias D. de capt. & poſtlimin. l. honor 14. § plebeij D. de muner. & honor.* Nec alius fauor eſt procreationis, & educationis liberorum, quàm quia reipublicæ intereſt vt ciuibus augeatur *l.1. D. ſolut. matr. l. hoc modo 64. De cõdic. & demonſtr. l. intereſt 18. De reb. author. iudic. poſſid. aliàs l.3. De priuileg. credit.* Denique ſi ſtatuto fieri nequit vt non ſit conſeruanda liberis condemnati portio dimidia bonorum patris: Conſequens fiet eadem ratione vt neque poſſit ſtatutum impedire ne vniuerſa condemnati bona liberis relinqui oporteat eo caſu quo volunt interpretes bona omnia liberis relinquenda eſſe propter numerum liberorum: ſicque eueniet vt inuitis ſtatuentibus impunita maneant delicta quod pertinet ad bonorum publicationem, quam tamen præter corporalem pœnam irrogari plerumque æquiſſimum eſt, vt grauioris pœnæ & iacturæ metu facinoroſi homines à perpetrandis ſceleribus deterreantur. Quamquam non vrget hæc ratio Erciſcundos illos contra quos nunc diſputauimus. Fatentur enim illi, poſſe ſtatuto minui portiones illas quæ olim liberis ſeruabantur, ſed hactenus tamen vt legitima eorum portio quam in bonis defuncti patris habituri eſſent, non minuatur. Quod cùm dicunt, hoc ipſo faciunt, vt portio legitima ſubſtituatur in locũ veteris portionis quæ liberis ſeruanda erat in bonis patris etiamnum viuentis, & ita tamen ſubſtituatur vt nihilominùs alio iure cenſeatur. Cùm è contrario vetus illa portio liberis relinqueretur non in locum legitimæ quæ nec viuo patre deberi vlla poterat, nec poſt mortem eius qui nulla bona moriens reliquiſſet, At potiùs in locum totius ſucceſſionis quam pro iure ſuo ſperare poſt patris mortem poterant liberi ſi viuus pater condemnatus, bonorúmque ſuorum omnium publicationem paſſus non fuiſſet. Proinde implicat iſtorum ſententia contradictionem manifeſtam, In eo quòd volunt: Poſſe per ſtatutum fieri, vt propter condemnationem patris auferatur ſucceſſio liberis, quibus tamen nolunt auferri poſſe legitimam, quæ ſit vice ſucceſſionis. Item in eo quòd portionem illam quam inuito ſtatuto ex publicatis parentum bonis relinqui liberis volunt, legitimam appellant, nec eam legitima portione maiorem eſſe patiuntur, Et tamen dãt

Digitized by Google

eam liberis etiam viuo patre, cùm neque iuris, neque æquitatis ratio vlla ferat vt viuo parente præſertim qui bonis omnibus exutus ſit, legitima vlla liberis debeatur. Ergo vel de vetere illa portione quærendum eſt, negandúmque quod iſta fatentur, poſſe illam per ſtatutum diminui quantumcunque maiorem legitima, vel fatendum non poſſe hac parte fauorabiliorem eſſe cauſam legitimæ de qua nec Imperatores, nec prudētes veteres vnquam in hoc caſu locuti ſunt, adeóque nec loqui potuerunt, quàm veteris illius portionis, cui & liberorum fauor patrocinabatur, & nihil repugnabat quominùs etiam viuo patre, ac tùm quoque cùm de legitima quæri adhuc nihil poterat, ea condemnati liberis per indulgentiam Principis à fiſco tribueretur.

ERROR OCTAVVS.

De fideicommiſſo quod adſcriptum eſt ſeruo deportati ad l. ſi deportati 7. in princ. de legat. 3.

SI deportati ſeruo, inquit Vlpianus fideicommiſſum fuerit adſcriptum, ad fiſcum pertinere dicendum eſt, Niſi ſi eum deportatus viuo teſtatore alienauerit, vel fuerit reſtitutus. Tunc enim ad ipſum debebit pertinere. Hîc verò illud primùm mirantur interpretes Quam rationem habere poſſit quod lex ait fideicommiſſum deportati ſeruo adſcriptum ad fiſcum pertinere. Certum enim eſt tractare Vlpianum de eo deportati ſeruo, qui nondum ſeruus eius fuerit tempore publicationis, ſed qui poſteà fuerit ei acquiſitus ex contractu aliquo iuris gentium puta ex emptione, aut ex permutatione, aut ex donatione. In eóque interpretes omnes poſt Accurſium conſentiunt, & rectè. Conſtat enim, quod in ſuperiore Decade iam docuimus, in generali publicatione bonorum ea tantùm venire quæ condemnatus habuit eo tempore, non etiam quæ poſt ſententiam acquiſiit, cùm amiſſa etiam libertate remaneat ille capax acquirendi ex contractibus iuris gentium, quia ſcilicet retinet libertatem *l. ſi mandauero 22. §. is cuius bona. D. mandat. l. 2. C. de bonis proſcript. l. deportatus 15. in principio D. de interd. & releg.* Et verò non deportati ſeruum dicere Vlpianus debuiſſet, ſed fiſci, ſi de eo ſeruo loqueretur qui iam ipſo ſententiæ tempore fuiſſet deportati, quia per ſententiam fiſco acquiſitus fuiſſet, Ideóque nec à deportato alienari poſteà potuiſſet ſiue viuo, ſiue mortuo teſtatore. *d. l. deportatus*, in illis verbis: *Priora enim bona quæ publicata ſunt alienare non poteſt.* Itaque cùm negari non poſſit loqui Vlpianum de ſeruo deportati, & in quo nihil iuris habeat fiſcus viuo deportato, mirum ſanè eſt quod ait, fideicomiſſum quod ei relictū ab aliquo fuerit, non ad deportatum ipſum qui verus dominus eſt, ſed ad fiſcū pertinere. Quòd ſi de hoc ſolo quæreremus, Cur ad deportatum pertineret, facilis vtique eſſet reſponſio, eaq; duplex. Primùm enim dici poſſet, Ex iure ciuili eſſe, nō ex iure gentiū vt dominis per ſeruos acquiratur, & quidem non ſolùm ignorātibus, ſed etiā inuitis *§. item vobis Inſtit. per quas perſon. cuique acquir. Et tit. per quas perſon. oblig. nob. acquir. in princ. l. ſeruus vetante 62. de verb. oblig. l. etiam inuitis 32. de acquir. rer. domin.* ita vt ne momento quidē tēporis acquiſitio cōſiſtat in perſona

perſona ſerui *l. placet 79. D. de acquir. hered.* Deportatum autem cùm ciuis eſſe deſinat amittere omnia illa quæ ſunt iuris ciuilis. Nihil ergo poſſe illi acquiri per ſeruum, Quamuis ex iure gentium ſit vt ſeruum habere quis poſſit *l. 4. §. 1. De ſtat. homin.* Secundò dici etiam illud poſſet, Etiamſi fideicommiſſa iure ciuili ſint incognita, ex iure tamen ciuili eſſe vt capere quis fideicommiſſum poſſit non modò ex teſtamento, ſed etiam ex alia qualibet defuncti hominis voluntate, Quia ius ciuile illud eſt quod vltimas omnes defunctorum voluntates confirmat, facitque ne defuncto homine intercidant, & vt fideicommiſſa hodie non ſolo pudore vt olim, ſed etiam vinculo aliquo iuris conſtringantur. *§. 1. Inſt. de fideic. hered. & tit. De codicill. in princip.* Mirum igitur non eſt deportatum neque heredem exiſtere, neque legata, vel fideicommiſſa ex teſtamento capere poſſe *d. l. deportatus §.* 1. vbi tamen Iuriſcon. monet aliud eſſe in eo qui deportatus ſit à Præſide ſine Principe, id eſt qui vel heres extiterit vel legatum aut fideicommiſſum acceperit ex teſtamento priuſquàm Præſidis factum Princeps comprobauerit. Hic enim capere interim ex teſtamento poteſt, tanquam qui nõdum ciuitatem amiſit, quouſque Princeps vel inſulam ei adnotauerit, vel de eo deportãdo ſcripſerit *l. ſi quis filio 6. §. eius qui deportatur D. de iniuſt. rupt. & irrit. fact. teſtã. l. 1. §. deportatos. §. de leg. 3.* Siue quòd cùm Præſides illi eſſent qui nõ vice Populi, vt Proconſules, ſed vice Cæſaris prouincias ipſius Cæſaris adminiſtrabant, vt alibi ſcripſimus, inuidioſum videretur tantam magiſtratui Cæſaris poteſtatem dari, vt ciui Romano poſſet adimere ciuitatem ſalua libertate (eſt enim odioſior ciuitatis amiſſio, quæ ſalua libertate contingit, quàm quæ in conſequentiam neceſſariam amiſſæ libertatis, ſicut & difficilius olim erat patribus vt filiisfamilias libertatem ſine vita eriperent quàm vt eos occiderent *l. vlt. C. de patr. poteſt.*) Siue potiùs quòd Imperatoris valde intereſſet ſcire in quam inſulam vel deportatus quis fuiſſet, à Pręſide ſi quam fortè prouinciam habebat ille in ſua prouincia, vel in quam deportandus eſſet. Ne quid ille fortaſſis tanquam hoſtis reipublicæ factus cõtra rempublicam aut Principẽ liberiùs molliretur, Vnde fiebat vt neque deportandi ius alij haberẽt, quàm quibus id nominatim datũ eſſet à Cæſare, Inter quos non erant Præſides *l. 2. §. 1. D. de pœn.* Neque Principis factum vllum requireretur ad comprobandam eorum ſententiam quibus deportandi ius datum erat, quomodo datũ erat, præfecto vrbi & præfectis prætorio, adeóque iis qui vice pręfecti ex mãdatis Principũ cognoſcerent *d. l. 1. §. à præfectis de legat. 3.* quorum ille præcipuus erat populi in vrbe magiſtratus quique de criminibus omnibus coërcendis iuriſdictionẽ ſibi vindicauerat poſt epiſtolã Seueri ad Fabium Chilonem *l. 1. de offic. præf. vrb.* Hi verò non tã Cæſaris magiſtratus, quàm totius Imperij rectores erant & quodammodo vicarij Cæſareę maieſtatis. De quibus tam præclarè ſentiebant Principes, vt eos qui ob ſingularem ipſorũ induſtriam explorata eorum fide & grauitate ad tanti officij magnitudinem adhibebantur non aliter iudicaturos crederẽt, quàm ipſi Principes eſſent iudicaturi vt ſcriptum eſt *in l. vnic. §. 1. D de off. præt.* Cùm ergo Vlp. noſter in *d. l. ſi deportati*, loquatur de deportato, neceſſariò intelligendus eſt de eo, qui deportatus ſit ab eo quẽ conſtet habuiſſe ius deportandi, aut à Præſide quidẽ ſed cuius factũ Princeps adprobauerit, ac proinde de eo qui nihil capere poſſit ex teſtamento. Sed mirabile tantùm illud eſt, & longè difficilioris inueſtigationis, Quã rationẽ habeat, quod placet Vlp. fideicommiſſum ſeruo de-

Digitized by Google

portati relictũ ad fiſcũ pertinere. Non enim bona conſecutio eſt ſi quis dicat ideò pertinere ad fiſcũ quòd ipſi deportato acquiri nõ poſſit, cùm nihil prohibeat haberi potiùs pro non ſcripto, & penes ſcriptũ heredẽ remanere, tanquã deficiente perſona cui poſſit acquiri, quomodo ſi relictũ eſſet ei qui iã ipſo teſtamenti tẽpore amplius in rerũ natura non fuiſſet *l. pen. D. de his quæ pro nõ ſcript. hab.* Neque rurſus verũ eſt quod vult Bart. maiorẽ eſſe capacitatẽ in ſeruo cui fideicõmiſſum datũ fuit, quàm in deportato, cuius ſeruus eſt. Nã cùm deportatus amittat tãtùm ciuitatem, retineat verò libertatẽ, fieri certè non poteſt quin magis capax ſit acquirendi, quàm ſeruus qui non magis liber quàm ciuis eſt. Vnde fit etiã vt poſſit deportatus ſibi acquirere ex quocunque contractu aliòve modo qui ſit iuris gentium *l. deportatus* 15. *in princip. De interd. & releg.* Quod non perinde poſſis dicere de ſeruo, quippe qui non minùs gentium quàm ciuili iure nullus eſt, nec inter homines computatur niſi quod attinet ad ius naturale ſecundum quod omnes ſunt liberi, nulli ſerui *l. 4. de iuſtit. & iur. l. quod attinet* 32. *de regul. iur.* Atqui dicat aliquis pro Bartolo, Negari non poteſt quin ſeruo legatũ vel fideicõmiſſum adſcribi adeóque hereditas per teſtamentum directò dari poſſit *l. non minùs* 31. *D. de her. inſtit.* quòd de deportato non ſimiliter dici poteſt *l. 1. C. eod.* Hoc enim ſanè eſt quod videtur Bartolum feſelliſſe. Sed reſpondendum eſt quod Bart. animaduertere debuit, Non habere hoc ius ex propria perſona ſeruum vt poſſit quicquam capere ex teſtamento, ſed ex perſona domini quem talem eſſe oportet vt ſit capax, Alioqui certum eſt, nihil ſeruo dari poſſe *d. l. non minùs.* Et hoc nimirum eſt quod noſtram auget dubitationem. Cùm enim tractemus de ſeruo deportati qui neque ex propria, neque ex domini ſui perſona vllo modo capax eſt, Cur admittimus valere fideicõmiſſum quod ei relictum fuit, cùm ſi eius domino deportato datum eſſet, nulla iuris aut æquitatis ratione defendi poſſet, ac pro non ſcripto haberetur? Imò verò cur fideicommiſſum huiuſmodi admittimus cum Vlp. pertinere ad fiſcum, qui neque dominus eo tempore eſt, neque futurus vnquam fortaſſis eſt. Quid enim ſi deportatus aut reſtituatur poſteà in ciuitatem vt *in l. i. tercedit* 57. *De condit. & demonſtr. & tot. tit. D. & C. de ſentent. paſſ. & reſtit.* Aut ſeruum hunc alienet? Nam & hoc ei liberum eſt dum ne in fraudem fiſci alienatio facta probetur *d. l. deportatus.* Scio Caſtrenſem mira ſubtilitate hanc ad Vlpianum rationem adferre, quòd hic ſeruus deportati, ſaltem ſpe ſaque probabili ſit fiſci, cùm ex ſententia deportationis futurum ſit vt publicetur & fiſco acquiratur moriente deportato in eo ſtatu, ſiue ſeruus alienatus non fuerit, ſiue in fraudem fiſci alienatus proponatur. Quemadmodum autem, inquit, ſeruus plurium qui aut heres inſtitutus eſt aut legatum vel fideicommiſſum accepit ſi vni ex dominis ſuis aliqua de cauſa non poſſit acquirere, alij in ſolidum acquirit *l. qui bona fide* 23. *in fin. D. de acquir. rer. domin.* Ita & qui duorum ſeruus eſt, vnius quidem ſpe, alterius autem re vera, ſi ei cuius reuera eſt acquirere non poſſit, ei acquiret interim, cuius eſſe ſperatur. Sed tamen neque hæc Caſtrenſis ſubtilitas probari mihi poteſt. Etenim cùm non aliter valere poſſit legatum vel fideicommiſſum quod alicui datum eſt, quàm ſi eo ſaltem inſtanti quo dies cedit capax inueniatur, ita vt nihil poſſit prodeſſe ſi poſteà ſuperueniat capacitas, quia legati vel fideicommiſſi delationem aut eo tempore fieri neceſſe eſt quo legatorum & fideicommiſſorum dies cedit, aut nunquam: Fatendum eſt ſolam ſpem capacitatis non poſſe ſufficere, non

Digitized by Google

certè, non dicam vt legatum acquiri per ſeruum exinde poſſit ei qui nullum dominij ius in ſeruo niſi ſpe habeat, ſed vt legatum, vel fideicõmiſſum ſubſiſtat, aut in ſuſpenſo maneat vſque ad id tempus quo ſpei effectus vel deficiat, vel ſequatur. Cúmque certum ſit nullam penitus eſſe ſerui capacitatẽ niſi quam ex domini ſui perſona mutuetur *d.l.non minùs*, non poteſt dici aut capacem iam illum eſſe ex eius perſona qui nondum ſit dominus, Aut quod ſeruo relictum eſt, ſtatim acquiri ei, qui ſperet tantùm aliquo caſu, & tempore dominum ſe futurum. Spem enim acquirendi per ſeruum, æquo pede incedere oporteret, cũ ſpe acquirendi ipſius ſerui, vt quandiu ſpes eſt fore vt deportati ſeruus acquiratur fiſco, tandiu quoque ſpes duret, fore vt quod fideicommiſſi nomine huic deportati ſeruo relictum eſt, per ſeruum fiſco acquiratur, At non vt priùs ad fiſcum pertineat fideicõmiſſum quaſi iam acquiſitum per ſeruum deportati, quàm ſeruus ipſe fuerit acquiſitus, quod tamen interpretes noſtri omnes putant Vlpianum ſupradicto loco ſenſiſſe. An ergo dicemus quod vnum reliquum videtur, & quod idem Caſtrenſis fateri tandem cogitur, Eam Vlpiani ſententiam ſi ſummo meróque iure diſputemus defendi nullomodo poſſe? Imò verò poteſt defẽdi, ſed ita demùm ſi bene intelligatur & lõgè aliter quàm accepta ſit ab interpretibus. Puto autem ſic accipiendã eſſe, vt fideicõmiſſũ huiuſmodi ad fiſcũ pertineat, nõ ſimpliciter & abſolutè, neque ſtatim à die mortis, quod nec Vlp. ait, ſed eo demùm caſu & tẽpore quo ipſe etiã ſeruus fiſco vindicetur. Prius enim neceſſariò eſt, vt ſeruus ſit fiſci nõ tantùm ſpe, ſed etiã verè & reipſa, quàm vt per eũ aliquid acquiri poſſit fiſco. Porrò quandiu deportatus viuit, nec ſeruum hunc alienauit, in pendenti eſt, & in euentu incerto poſitum, cuius futurus ſit ſeruus. Nam ſi deportatus reſtituetur in ciuitatem non modò ſemper dominus ſerui fuiſſe videbitur, ſed etiam ſemper capax fuiſſe acquirendi per eum illa omnia quæ ipſi teſtamento relicta ſunt: quia reſtitutio, cùm eſt plena, reddit omnia quæ pœna abſtulerat *l.1.& paſſ.C.de ſent.paſſ.& reſt.* Et ideò non ait Vlp. reſtituendum eſſe deportato fideicommiſſum à fiſco quaſi priùs fiſco acquiſitum, ſed ad reſtitutum pertinere, id eſt, nũc primùm ab inſtanti reſtitutionis, & ita vt ad fiſcum nunquam pertinuerit. Si verò non reſtituetur, omnia quæ mortis tempore habuerit fiſcum ſequẽtur, ac proinde hic quoque ſeruus, & quicquid ſerui perſonam comitatur, In quo numero eſt legatum vel fideicõmiſſum quod alterius teſtamento datum ei fuit *l.ſi tibi homo* 86.*§.cùm ſeruus,de legat.*1. Nam quamuis locus ille de eo ſeruo loquatur, non tantùm cui legatum vel fideicommiſſum datum, ſed qui ipſe quoque legatus ſit, idem tamen hac parte iuris eſt in deportati ſeruo, de quo nunc agimus, vt & ipſius ſerui ſtatus, & omnium eorum quæ perſonam ipſius attingũt in ſuſpenſo ſit. Vtque ſecundùm hanc regulã de iis quoque ſtatuatur quę per traditionem ſeruus ille acceperit aut ſtipulatus ſit, déque his quæ legata ei vel donata, vel per fideicommiſſum relicta fuerunt, vt vel fiſci, vel deportati ſeruus ea geſſiſſe aut accepiſſe exiſtimetur. Dices fortaſſe Statũ quidem ipſius ſerui, & eorum omnium quæ perſonam ipſius attingunt in ſuſpenſo manere poſſe vt in *d.§.cùm ſeruus* ſed validitatem fideicõmiſſi quod ei datum eſt non poſſe ſuſpendi, cùm neceſſe ſit, vel eo tempore fideicommiſſum id valere, quo dies fideicommiſſorum cedit, id eſt tempore mortis teſtatoris ſi fideicommiſſum purum fuit, vel nunquam. Illa ſiquidem perelegans differentia eſt inter actus viuentium & defunctorum

Digitized by Google

quod non ſicut viuentium, Ita & defunctorum actus ſuſpendi poſſe receptũ eſt *l.vlt.in fin.D.commun.præd.* vbi obſeruandum eſt, quod ad rem noſtram valde pertinet agere Paulum de legato cuius dies inutiliter ceſſerit ob id ſolùm quòd non potuerit diutiùs manere in ſuſpenſo. Verùm reſpondeo non tam validitatem, quàm acquiſitionem fideicommiſſi hoc caſu ſuſpendi, Cùm ab initio certum ſit omnimodo valere fideicommiſſum ſiue reſtituetur in ciuitatem dominus ſerui deportatus, ſiue nõ reſtituetur. Illud verò incertum ſolummodò ſit, An fideicommiſſum acquiretur fiſco an deportato, quia pendet illud ex futuro euentu reſtitutionis quam vel ſequi cõtinget vel non ſequi. Nam ſi deportatus reſtituetur, etiam fideicommiſſum ad eum pertinebit. Si verò non reſtituetur pertinebit ad fiſcum. Neque id ex noua cauſa, ſed in conſequentiam irrogatæ iam condemnationis, quæ ſicut deportato ciuitatem ademit, ita & ius habendi vnquam heredis ſiue ex teſtamento, ſiue ab inteſtato. Atqui alterutrum euenire neceſſe eſt vt deportatus vel in ciuitatem reſtituatur, vel non reſtituatur, cùm ſint iſta contradictoria inter quæ medium dari nullum poteſt. Ergo iam ab initio certum eſt omnimodo futurum, vt fideicommiſſum hoc vel fiſco, vel deportato acquiratur, Et conſequẽter nihil eſt quod impediat quominùs ab initio valeat, nec in ſuſpenſo eſſe dici poſſit, quemadmodum & in ſpecie *l. de hereditate* 19. *§. quid autẽ verſ. ſecundum quod D. de caſtr. pecul.* vbi etiã agitur de legato quod relictum ſit ſeruo eius qui in vnum caſum ſit incapax non in alium. Vt enim poſſet dici eſſe in ſuſpenſo, neceſſe eſſet dari caſum aliquem in quo futurum eſſet inutile fideicõmiſſum, vt neque huic, neq; illi acquireretur. Talis porrò caſus nullus eſt: Replicabis, Imò poſſe dari caſum, Puta ſi fortè hunc ſeruum deportatus alienauerit viuo teſtatore. Nam & hanc exceptionem ponit Vlpianus noſter iis verbis *niſi ſi eum deportatus viuo teſtatore alienauerit.* Nec dubitant noſtri poſt Accurſium quin eo caſu fideicommiſſi ſeruo relicti commodum ſequatur eum in quem alienatus & tranſlatus ſeruus fuerit. Reſpondebo alienatione facta viuo teſtatore non idcirco dari caſum quo inutiliter poſſit cedere dies huius fideicommiſſi. Nam è contrario cedet illo caſu tantò vtilius quantò certius eſt non in alterius vtilitatem cedere poſſe, quàm eius qui moriente teſtatore nouus ſerui dominus inuenietur. Ita vt neque ex futuro vllo euentu pendeat, cui alij acquiri poſſit. At nos eum caſum quærimus quo fideicommiſſi die cedente poſſit dici ſuſpenſa validitas huius fideicommiſſi, & is caſus eſt quem negamus nos reperiri poſſe. Quid ergo ſi deportatus ſeruum hunc alienauerit non viuo adhuc teſtatore ſed eo iam mortuo? Hic verò caſus eſt quem Vlpianus prætermiſit, & qui tamen minimè fuerat prætermittendus, cùm longè maiorem ſecum adferat dubitationem. Facit enim hæc alienatio ſi modò bona fide nec in fiſci fraudem interuenerit, vt ſpes illa quam in eum vſque diem habuerat fiſcus publicandi quandoque ſerui, iam tùm intercidat, cùm non alia bona moriente deportato poſſint ex cauſa præcedentis condemnationis applicari fiſco, quàm ea quæ moriens ipſe reliquerit, non quæ viuus alienauerit, Ea denique ſola quæ ad ipſius heredem ſiue teſtamentarium, ſiue legitimum peruentura eſſent ſi quem ille poſt deportationem habere poſſet. Itaque quamuis deportatus numquam in ciuitatem reſtitueretur, nihilo magis tamen fiſcus admitti poſſet ad ſeruum hunc vindicandum, nec proinde

Digitized by Google

proinde ad fideicommiſſum quod huic ſeruo relictum fuiſſet, ac cuius dies ceſſiſſet eo tempore quo erat ille adhuc ſeruus deportati: Nec ideò tamen conſequens fiet, vt poſſit fideicommiſſum pertinere ad nouum ſerui huius dominum, quippe qui dominus non fuerit eo tempore quo dies fideicommiſſi ceſſit. Sicut neque poſſet ad deportatum vnquam pertinere eo ſaltem caſu quo reſtitutus is nunquam fuiſſet. An non igitur propter hunc caſum fateri nos oportet, fideicommiſſi huius non tantùm acquiſitionem, ſed etiam validitatem manere in ſuſpenſo? Ita certè videtur, cùm cedente fideicommiſſi die, id eſt moriente teſtatore qui fideicommiſſum deportati ſeruo dedit, incertum ſit an deportatus eum alienaturus ſit, atque ita ius fiſci interuerſurus necne. Quod ſi ita eſſe admittemus, illud ſtatim conſequens fiet vt fideicommiſſum in ſuſpenſo manere neceſſe ſit, ac proinde non valere, cùm iuris ratio eam ſuſpenſionem minimè patiatur. Et hæc ſanè præcipua legis huius difficultas eſt quam tamen ex interpretibus nemo attingit. Auget apud me dubitationem, quod Vlpianus cùm non tantùm de fiſco & de deportato loquatur, ſed etiam de emptore, aut alio in quem ſeruus alienatus ſit, videtur tamen ita loqui vt omni caſu & in omnem euentum velit fideicommiſſum quod huic ſeruo adſcriptum eſt, vel ad fiſcum, vel ad deportatum ipſum pertinere: Cùm tamen dubitari vix poſſit, quin ad emptorem pertineat eo ſaltem caſu quo ſeruus viuo teſtatore ſit alienatus. Cur non enim potior eo caſu eſſet cauſa emptoris qui cedente fideicommiſſi die nouus dominus & capax inueniretur, quàm fiſci qui nōdum eſſet dominus, aut deportati qui amplius non eſſet capax? Denique cùm nihil poſſit acquiri fiſco per deportatum ipſum, qui licèt ciuitatem amiſerit, cùm tamen liber maneat, vtique ſeruus fiſci non eſt, ideóque relictum deportato habetur pro non ſcripto tanquam relictum incapaci, & ad eos pertinet ad quos pertineret ſi deportato relictum non eſſet *l.1.C.de hered.inſtit.* Quis ferat acquiri fiſco aliquid per ſeruum deportati, antequàm ſeruus ille factus ſit ſeruus fiſci?

ERROR NONVS.

De ſententia & vera ratione d.l.ſi deportati 7.de legat.3.

TENTEMVS an dici poſſit duas ab Vlpiano in quæſtione iſta proponi diſtinctiones. Primam illam Vtrum hic ſeruus cui fideicommiſſum adſcriptum eſt alienatus ſit viuo adhuc teſtatore an eo iam mortuo, an nullo tempore, id eſt, nec viuo eo nec mortuo. Secundā verò, ſi ſeruus hic vel nunquam fuerit alienatus vel non niſi mortuo teſtatore, An deportatus fuerit reſtitutus necne. Primo caſu, ſi viuo teſtatore ſeruus à deportato alienatus ſit, dubitandum non eſt quin fideicommiſſum ad ipſum pertineat, cùm vt dixi reperiatur ipſe dominus eo tempore quo dies cedit, quo demùm tempore inſpicienda & æſtimanda eſt capacitas ſerui ex perſona domini. Et quāuis Vlpianus noſter non ſatis apertè hoc exprimat, exprimit tamen nec obſcurè, hoc ipſo quòd negat fideicommiſſum hoc caſu ad fiſcum pertinere, addita ſupradi-

cta exceptione illa, *Niſi ſi eum deportatus viuo teſtatore alienauerit.* Nam ſi ad fiſcum non pertinet, ad quem alium quàm ad nouum dominum pertinebit? An fortè ad deportatum ipſum qui eum viuo teſtatore alienauit, & per quem factum eſt quò minùs reperiatur ipſe dominus de fideicommiſſi cedente? Atqui poteſt ei imputari, tùm quoque cùm ante ſuam mortem reſtitutus eſt. Reſtitutum ſiquidem fuiſſe ponendum eſt vt aliquis pro eo dubitandi locus eſſe poſſit. Imputari autem ei poteſt cur alienauerit ante diem fideicommiſſi cedentem, atque ita fecerit ne eo tempore dominus eſſet, qui iam tùm incapax erat. Quod enim poſteà reſtitutus ſit, prodeſſe quidem ei poteſt aduerſus fiſcum vt ab eo bona iuráque ſua omnia recuperet ſi pleniſſima fuit reſtitutio: Sed aduerſus eum cui ipſe vltrò ſeruum vendidit, alióve quo contractu iuris gentium tradidit & alienauit, prodeſſe certè nullo modo poteſt. Nec pugnat quod Vlpianus ſubiicit in hæc verba; *Tunc enim ad ipſum debebit pertinere.* Nam referendus eſt hic verſiculus ad poſteriorem exceptionem immediate præcedentem iis verbis expreſſam *vel fuerit reſtitutus.* Hoc ſenſu, vt ſi deportatus reſtitutus fuerit in ciuitatem, fideicommiſſum ſeruo eius adſcriptũ pertinere ad ipſum debeat, eo demum caſu quo alioqui pertineret ad fiſcum ſi reſtitutio nulla ſubſecuta eſſet. Quemadmodũ enim non poteſt fiſcus poſt deportationẽ ciuis Romani plus iuris habere ex cauſa illius deportationis, & ex perſona deportati, quàm habiturus fuiſſet ciuis ille Romanus ſi deportatus nõ fuiſſet. Ita neque plus iuris habere poteſt poſt reſtitutionẽ is qui fuit deportatus, quàm habiturus fuerat fiſcus ſi deportatus reſtitutus non fuiſſet. Atqui non poſſet hodie fiſcus hoc fideicommiſſum de quo tractamus petere, ſi deportatus eum viuo teſtatore alienaſſet, quãuis reſtitutio nulla eſſet ſecuta, vt apertè Vlpian. ſcribit. Ergo neque ad deportatum reſtitutum hoc caſu pertinere poterit, Tantóque minùs quod fiſco nihil imputari poteſt qui alienationem prohibere non potuit ſi modo non fieret in eius fraudem. Deportato verò poteſt imputari cur alienauerit, cùm poſſet imperare ſibi ne alienaret. Cum igitur ex Vlpiani verbis conſtet fideicommiſſum adſcriptum deportati ſeruo quẽ deportatus viuo teſtatore alienauerit, neque ad fiſcum pertinere quãuis deportatus poſteà reſtitutus ſit, neque ad deportatum quamuis fuerit reſtitutus, hoc vnum neceſſariò relinquitur quod dicamus licèt Vlpianus non expreſſerit Vt pertineat ad nouum dominum quem ſufficit & dominum & capacem fuiſſe eo tempore quo fideicommiſſi dies ceſſit. Et hic quidem primus caſus eſt prioris diſtinctionis quæ ex Vlpiani ſenſu & verbis in hácquæſtione omnino adhibẽda eſt. Aliis verò duobus caſibus eiuſdem diſtinctionis prioris, hoc eſt ſiue ſeruus hic nunquam fuerit alienatus, ſiue alienatus quidem ſit à deportato, ſed non niſi poſt mortem demum teſtatoris (nihil enim inter hos caſus diſtare arbitror) ſubdiſtinctio illa neceſſaria eſt, An deportatus tandem reſtitutus fuerit, necne. Si non ſit reſtitutus dicendum erit ad fiſcum pertinere, ſi non reſtitutus ſit, ad deportatum ipſum pertinebit: Atque ita poteſtas legis nunquam erit in ſuſpenſo quantum ad validitatem legati cùm eo demùm inſtanti quo dies legati vel fideicommiſſi cedit vim ſuam & poteſtatem lex totam exerat. Nihil autem ſit quod obſtet quominus ſtatim ab initio & ex illo inſtanti dicamus valere fideicommiſſum quod nullo caſu inutile fieri poſſit quin vel fiſco, vel deportato acquiratur, adeóque ex die mortis acquiſitum intelligatur, licèt vtri potius, incertum ſit nec
ſciri

Digitized by Google

ſciri certò poſſit quandiu in dubio & incerto poſitus eſt euētus reſtitutionis. Et quidē ſecuta quādocunque reſtitutione mirum videri minùs debet fideicommiſſum ei acquiri,quamuis non fuerit capax die cedente, quia ſufficere debet quod iam tùm fuerit dominus,redditáque ei capacitas per reſtitutionem,quam deportationis pœna abſtulerat.Nec quod medio tempore ſeruus ab eo alienatus ſit,nocere poteſt,non magis quàm ſi iam eo tempore , quo dies fideicommiſſi ceſſit fuiſſet ille reſtitutus,& ſic ſeruum alienaſset. Non enim alienando ſeruum per quem acquiſiuiſſet ſibi commodum fideicommiſſi, ipſum quoque commodum per ſerui perſonam quæſitum transferret in emptorem aut à ſe abdicaret.Adeò nihil commune habet ſerui alienatio cum acquiſitione facta ante alienationem. Ac tametſi per reſtitutionem conceſsam deportato ex indulgentia Principis ſera videatur capacitas ſuperueniens eo tempore quo iam dominij cauſa mutata reperitur , tamen non ita eſt:quia capacitas illa cùm ſit iuris,& ſuperueniat beneficio reſtitutionis cuius natura illa eſt vt omnia in ſtatum priſtinum reponat *d.l.1. C.de ſent.paſſ.* facilè retrotrahatur ad id tēpus quo dies ceſſit vt eo inſtanti deportatus ſicuti dominus fuit,ita & capax fuiſſe retrofingatur. Quibus duobus concurrentibus neque ius fiſci ex ſententia deportationis anterioris quæſitum, neque ſubſecuta ſerui alienatio medio tempore inter mortem teſtatoris , & deportati reſtitutionem, nec denique aliud quicquam impedire poteſt ne fideicommiſſum quod deportati ſeruo adſcriptū fuerat deportato ipſi eidémque reſtituto acquiratur. At difficilius illud videtur,quod nos tamen volumus,vt non reſtituto eo qui fuerat deportatus idem in fiſco tractetur, quippe quem certum ſit nec die fideicommiſſi cedente,nec vllo ante alienationem inſtanti dominum fuiſſe huius ſerui, nec vnquam futurum eſſe poſtquàm fuerit ſeruus alienatus,Niſi proponas ex noua fortaſſis aliqua cauſa rediiſse ſeruum hunc in deportati poteſtatem,quo tamen caſu ſi aliud nihil inſpiceremus pro alio ſeruo habendus is eſset potiùs quàm pro eo ipſo cui fideicommiſsum adſcriptum fuiſset.Vt verò in fiſco difficilior hic tractatus videri debeat ex eo fit,quòd licèt fiſco non deſit capacitas quæ deeſt deportato, Deeſt tamen ei dominium,quod deportato non deeſt, & quod tamen ſupponi & præcedere neceſse eſt vt fiat locus quæſtioni de capacitate. Non enim ſerui quibus aliquid relinquitur fiunt capaces ex cuiuſcunque capacis perſona, ſed ex eorum tantùm in quorum dominio ſint & poteſtate *dict.l. non minus* 31. *D. de heredib. inſtituen.* Proinde cui dominium ſerui abeſt, ei quantumcunque ex ſe capax ſit, neceſse tamen eſt vt abſit capacitas acquirendi per ſeruum illum,At è cõuerſo non quicunque incapax eſt,ideò minùs dominus eſt. Et ob eam cauſam æquum eſt vt ſit fauorabilior is cui ex duobus neceſsariis vnum tantùm deeſt, quàm is cui ambo deſunt. De deportato capacitas tantùm deeſt,fiſco autem vtrumque,quia dominium deeſt ſine quo nulla poteſt hac parte eſse capacitas. Difficilius ergo eſt vt fideicommiſsum huic ſeruo adſcriptum pertineat ad fiſcum,alienato poſt mortē teſtatoris per deportatum ſeruo , etiamſi deportatus reſtitutus non ſit, quàm vt pertineat ad deportatum reſtitutum. Addidi *alienatio poſt teſtatoris mortem ſeruo*, quia cùm ſeruus alienatus non eſt , minorem res habet dubitationem , éſtque multò apertius ius fiſci , quia licèt non niſi mortuo demùm deportato fiat dominus ſerui huius , ſicut & cæterarum rerum omnium quas moriens deportatus in bonis reliquit, fit ta-

Digitized by Google

men dominus ex cauſa præcedenti, hoc eſt, ex cauſa irrogatæ deportationis à qua ordinem habuit poſterior hęc acquiſitio. Non enim noua ſententia opus eſt, vt bona huius deportati omnia quę poſt deportationé acquiſijt rurſus publicentur, ſed ſufficit prior ſententia vt ea bona fiſcus vindicet, non modò tanquam vacantia vtpote nullo herede exiſtente, quomodo ſi quis in ciuitate decederet ſine vllo ſucceſſore *l. habere licere* 57. *D. de euict.* ſed quod maximè notandum eſt, etiam iure quodam proprio & tanquam bona deportati, & tanquam publicata *l. 2. C. de bo. proſcript. l. ſi mandauero* 22. *§. is cuius D. mandat.* Vnde eſt quòd ſi ea velit interim alienare vel pignori dare in fraudem fiſci non poteſt *dict. l. deportatus* 15. *De interd. & releg.* Cùm tamen, ſi quid ex bonis ſuis alienauerit is, cuius reliqua bona poſteà tanquam vacantia fiſcus vindicauit, nullo exiſtente ſucceſſore, nũquã illa quęſtio poſſit incidere. An in fraudem fiſci alienationes factę fuerint necne. Omnimodo enim valent & ratæ ſunt, nec quicquam iuris habet fiſcus, niſi in bonis quæ ſuperſunt & quidem deducto ære alieno *l. 1. §. an bona l. non poſſunt* 10. *D. de iur. fiſc.* Nimirum quia præcedunt cauſam quæ poſteà inuitauit fiſcum, Non etiam alienationes illæ quæ à deportato factæ ſunt, bonorum, poſt deportationem licèt, acquiſitorum. Sed cùm alienatus eſt ſeruus cui poſt deportationem teſtator fideicommiſſum adſcripſerat, & quidem mortuo iam teſtatore, durius eſt vt ad fiſcum pertineat fideicommiſſum ex perſona illius ſerui qui neque die legati cedente, neque poſtea vnquam fuerit in dominio, & poteſtate fiſci. Et tamen ita eſt ſi deportatus qui die cedente dominus fuit nunquam ſit reſtitutus, Quemadmodum ſi is reſtitutus eſſet, alienatio quæ interueniſſet, non impediret quominùs acquireret ſibi fideicommiſſum per ſeruum quaſi præcedente alienationem acquiſitione. Et ratio eſt, quoniã licèt acquiſitio iſta fideicommiſſi, neque in deportati neque in fiſci commodum fiat niſi eo demùm tempore quo deportatus vel reſtituatur, vel moriatur, propterea quòd quandiu nec reſtitutus, nec mortuus eſt, neſciri poteſt vtri futurum ſit vt commodum illud fideicommiſſi acquiratur fiſcóne an deportato. Attamen vtroque caſu retrotrahitur acquiſitio ad tempus illud quo dies fideicommiſſi ceſſit, Nec interueniens alienatio quæ tota facti eſt impedire poteſt iuris poteſtatem ex qua ſola acquiſitio æſtimatur, adeò vt per ſeruum cui legatum vel fideicommiſſum adſcriptum eſt acquiratur ipſo iure domino etiam ignoranti, quamuis non inuito cùm repudiare poſſit legatum vel fideicommiſſum ſi velit *l. legatum* 7. *de legatis* 1. *l. Titia* 34. *§. Lucia de legat.* 2. Itaque quamuis non niſi ex poſtfacto, id eſt poſt reſtitutionem vel mortem deportati appareat quid antea fuerit, vt in aliis pleriſque partibus iuris *l. qui res* 98. *§. rem autem caſtrenſis peculij. D. de ſolut. lege Sed etſi quid* 25. *§. 1. D. de vſufruct. l. huic ſcripturæ* 15. *§. 1. D. ad legem Aquiliam.* & accommodatiùs ad rem noſtram *in l. de hereditate* 19. *§. quid autem verſicul. niſi in pendenti D. de captiu. & poſtlim.* Cùm tamen id quale ſit tandem apparet, tale quoque iam ab initio fuiſſe intelligitur, Non propter ſpem quam vel deportatus, iam tùm habuerit obtinendæ reſtitutionis, vel in contrarium fiſcus augendæ per deportati mortem publicationis, Sed propter iuris poteſtatem quæ facit, vt ea omnia quorum acquiſitio fieri poteſt ipſo iure iam inde ab eo tempore acquiſita eſſe videantur quo dies ceſſit, ſiue in fiſci vtilitaté ſi deportatus nõ fuerit reſtitutus, acſi inter deporta-

portationem & mortem deportati medium tempus nullum interceſſiſſet, Siue in commodum deportati tandem reſtituti acſi deportatus is nunquam fuiſſet. Denique tam potens eſt ius fiſci ad acquirendum hoc fideicommiſſum per ſeruum quamuis medio tempore alienatum à deportato numquam reſtituto, quàm potens eſt ius deportati reſtituti ad petendum fideicommiſſum huic ſeruo adſcriptum, tametſi eum interim & ante reſtitutionem alienauerit. Atque hæc quidem mihi videtur loci huius non ſolùm ſententia quam aſſequi minùs fortaſſis difficile eſt, ſed etiam ratio quam ſanè fatendum eſt eſſe perobſcuram, nec à quoquam ex interpretibus noſtris adhuc benè explicatam: Nos verò an aſſecuti eam ſimus, quod nobis quidem videmur, doctiores viderint.

ERROR DECIMVS.

De militaribus codicillis. Ad l. militis 36. in princip. D. de teſtam. milit.

INTER tam multa priuilegia quæ ab Imperatoribus conceſſa ſunt militibus circa vltimas voluntates teſtamentarias, de quibus iam non pauca ſcripſimus in Decadibus præcedētibus, poſtremum ferè illud eſt nec tamen aut leuioris momēti aut minoris dubitationis, quod permiſſum iis eſt etiam codicillis ad teſtamentum factis, hoc eſt teſtamento militari confirmatis hereditatem directò dare *l. militis codicillis 36. in princip. D. de teſtam. milit.* Iure prorſus ſanè ſingulari & priuilegiario, cùm ex ratione iuris communis certiſſimum ſit hereditatem codicillis, neque dari poſſe, neque adimi, ob ídque nec condicionem inſtitutioni poſſe adiici in codicillis ſi in teſtamento data fuerat hereditas purè *l. quidam 26. §. 1. D. de condic. inſti.* Et hereditatem quæ in teſtamento inutiliter data ſit non poſſe codicillis quaſi hereditatem confirmari, ſed ita tantùm vt ex fideicommiſſo petatur habita ratione legis falcidiæ *l. 2. §. vlt. D. de iur. codicill.* Huius verò priuilegij ſicut effectus eſt certè quàm maximus, ita ratio longè obſcurior quàm cæterorum. Cætera enim priuilegia rationem illam vnicam & generalem habent, quod ita placuerit Imperatoribus vt eo veluti præmio & renumerarentur milites qui anteactis laboribus benè meriti de republica fuiſſent, & tyrones, ciuéſq; omnes ad grauiſſima quæque pericula pro ſalute reipublicæ obeunda inuitarent *l. 1. & 2. l. Diuus Traianus 24. l. teſtamenta 26. D. de teſtam. milit. l. impuberi* 40. *D. de admin. & peric. tutor.* Nempe cùm non ſemper copia ſuppetat teſtium neque adhibendarum cæterarum ſollennitatum quæ in paganorum teſtamētis omnimodò requiruntur *l. conficiuntur* 8. *§. 1. D. de iur. codicill.* & apud Iuſtin. *in Tit. De milit. teſtam.* At priuilegium hoc militibus datum vt poſſint in codicillis teſtamentariis hereditatem directò dare, neque neceſſitatem, neque vtilitatem aliquam, nec proinde rationem vllam habere videtur. Cùm enim militum teſtamenta in eo potiſſimùm differant à teſtamentis paganorum quòd nullam penitus ſollennitatem & obſeruationem deſiderant, adeóque minorem quàm codicilli, qui eo ſaltem iure quo nunc vtimur non carent

ſollennitate aliqua cùm quinque teſtes deſiderent poſt *legem vltimam, in fine Codicis de codicillis.* Quænam obſecro poteſt neceſſitas ſubeſſe vel vtilitas huius priuilegij, vt liceat militi etiam in codicillis directam hereditatem dare, ſi tam facilè eſt militi teſtamentum facere quàm codicillos? Sed &, cùm verum illud ſit, quod ſecundùm noſtram emendationem Paulus ſcribit *in lege eius militis* 34. *in fine, De teſtament. milit.* voluntatem quamque militis teſtamentum eſſe, quî fieri poteſt vt miles faciat codicillos, qui non potiùs teſtamenti & nomine & iure cenſeantur? An fortè poſſunt eſſe codicilli ſine voluntate? Denique ſi vera eſt ratio quam Iuſtinianus noſter attulit *in §. codicillis. Inſt. de codicill.* ob quam codicillis hereditas neque dari, neque adimi poſſit, ne confundantur, inquit, iura teſtamentorum & codicillorum, Adde, & nomina *ex lege ſi idem* 7. *Cod. eodem.* An non æquè abſurdum & fœdum eſt, quomodo loquitur *lex vltima C. de legitim. tutel.* eam nominum & rerum confuſionem in milite fieri atque in pagano? Imò longè fœdior & abſurdior in milite videri debet. Nam in pagano quidem etiamſi ius ita ferret vt codicillis, perinde ac teſtamento hereditas directò dari poſſet, non tamen vſque adeò confunderentur iura teſtamentorum & codicillorum, vt non facilè poſſet dignoſci an teſtamentum factum eſſet an codicilli, Nimirum ex adhibitis vel non adhibitis ſollennitatibus, quæ in quolibet pagani teſtamento maximæ, in codicillis verò vel nullæ prorſus, vel ſaltem longè minores requirerentur. At ea diſtinctio in militaribus ſiue teſtamentis, ſiue codicillis non ſimiliter haberi aliqua poteſt, cùm non maiorem ſollennitatem teſtamenta militum exigant quàm militares codicilli. Verùm obiectionibus iſtis omnibus commodè, ni fallor, ſatisfecerimus, ſi dixerimus, Voluntatem quidem militis quamlibet eſſe teſtamentum, ſed ita demum ſi miles teſtamentum eſſe velit, non etiam ſi malit eſſe codicillos. Nam præter id quod generale in quolibet hominum genere, ac ferè perpetuum eſt, vt actus numquam operentur vltra intentionem agentium *vulg. lege non omnis* 19. *D. de rebus credit. lege iuris gentium ſeptima §. quod ferè D. de pact.* abſurdum ſanè eſſet priuilegia militum quæ ad ſupremas eorum voluntates adiuuandas conceſſa ſint, eò vſque produci vt contra ipſorum voluntatem pro teſtamento haberent ſcripturam, quam miles non niſi codicillos eſſe voluiſſet. Id enim deſtruere voluntatem eſſet ac impedire, non adiuuare, In ſumma facere vt cui liceret quod plus eſſet, non liceret tamen quod eſſet minus contra vulgatam iuris regulam, vtque careret minoribus qui frueretur maioribus, quod per ſe non minùs certè abſurdum foret quàm è contrario vt maioribus frueretur qui careret minoribus, vt Papinianus ait *in lege cui pacto* 5. *D. de ſeru. export.* Neque verò ſine effectu hanc militarium teſtamentorum & codicillorum diſtinctionem eſſe exiſtimandum eſt: cùm poſſit plerumque intereſſe militis vt codicillos teſtamentarios potiùs quàm teſtamentum feciſſe exiſtimetur, vel ob id ſaltem ne quæſtio tam facilè poſſit incidere, quæ factis à milite pluribus teſtamentis plerumque incidit, An vtrumque teſtamentum voluerit miles valere, an priori per poſterius derogare: quod nos in præcedentibus fusè tractauimus. Nemo enim vnquam dixit, Per codicillos quos miles ad teſtamentum fecerit reuocatum

tum

Digitized by Google

tum videri teſtamentum, quod nec in pagano reuocatum cenſeretur, quia nec poſſet, Cùm in contrarium codicilli ad teſtamentum facti à teſtamento ipſo vires accipiant, ipſiúſque ius & condicionem ſequantur *lege quod per manus* 10. *lege ab inteſtato* 16. *in fine D. de iure codicillorum.* Nec minùs in milite quàm in pagano hoc locum habet, vt per codicillos teſtamentarios nunquam teſtamentum reuocetur, niſi fortè quantum ad legata vel fideicommiſſa, quæ licèt in teſtamento data nemo dubitat codicillis reuocari & adimi poſſe, *lege conficiuntur* 8. *§. vltimo. D. de iure codicillorum. lege tertia Cod. eodem.* Neque enim priuilegium militis in eo vllum eſt vt poſſit etiamſi maximè velit reuocare teſtamentum ſiue militari, ſiue communi iure factum per codicillos quantumlibet poſteriores, cùm in eam rem paratum habeat auxilium faciendi teſtamenti ad priorem voluntatem reuocandam, poſſitque ei tantò magis imputari quàm pagano cur cùm fecit codicillos, teſtamentum potiùs non fecerit, aut cur non codicillos à ſe factos in teſtamentum conuerterit vt *in lege quærebatur* 19. *D. de teſtament. milit.* quod tam facilè, támque commodè facere ſi voluiſſet, potuiſſet: paganus non item. Hoc autem admiſſo vt non minùs liceat militi quàm pagano facere codicillos teſtamentarios, non tam mirum videtur illud eſſe quod eiuſmodi codicillis hereditatem perinde ac teſtamento dare miles directò poſſit, quàm difficile dictu. Cur non id ipſum pagano quoque permittatur, Cùm non tam ex priuilegio aliquo, quàm ex mera iuris ratione ac regula id fieri videatur. Siquidem tritum eſt, ſæpiúſque à nobis inculcatum, Codicillorum teſtamentariorum ſingulare ius eſſe vt quæcunque in iis ſcripta ſunt perinde haberi debeant acſi in teſtamento ipſo ſcripta eſſent, *lege ſecunda §. codicillorum D. de iure codicillorum.* Atqui nemo dubitat, quin hereditas teſtamento dari poſſit cùm in eam potiſſimùm cauſam teſtamentorum vſus comparatus ſit, *lege hereditas* 5. *C. de pact. conuent. lege licèt* 19. *Cod. de pact.* Quidni ergo per codicillos quoque teſtamentarios dari poterit, vt eo caſu in teſtamento ipſo data eſſe credatur? ſicut & in ſpecie *legis aſſe toto* 77. *D. de hered bus inſtit. lege ſi ita ſcripſero* 38. *De condic. & demonſtrat.* Nec enim eſt quod quis cum Iuſtiniano reſpondeat ita conſtitutum eſſe ne teſtamentorum & codicillorum iura confunderentur: Quandoquidem ex militarium codicillorum exemplo conſtat, non ob id magis fieri hanc confuſionem quòd hereditas codicillis detur. Alioqui dicendum erit factis à milite in hunc modum codicillis vt hereditatem in iis directò dederit, neceſſariò inducendam hanc confuſionem, Vt neſciri planè poſſit vtra voluntas teſtamenti, vtra codicillorum iure cenſeri debeat, Quod tamen non ita eſſe iam oſtendimus. Alia igitur ratio quærenda eſt quàm quæ à Triboniano allata ſupradicto loco fuit, ſed non alia melior quàm quæ à Papiniano noſtro *in dicta lege quod per manus.* Vbi eleganter ait, Quod per manus traditum eſt, Codicillis hereditatem dari non poſſe, rationem illam habere, Ne per codicillos qui ex teſtamento valerent, teſtamentum quod vires per inſtitutionem heredum acciperet, confirmari videretur. Implicaret enim ea res manifeſtam contradictionem vt teſtamentum confirmaretur per codicillos, & codicillos confirmaret,

Digitized by Google

vicisſúmque vt codicilli ex teſtamento valerent, teſtamentum autem vires acciperet ex heredum institutione quæ in codicillis facta eſſet. Quid? inquies, An non eadem ratio in militari quoque teſtamento & in militaribus codicillis locum habet? An non teſtamenta etiam militaria pendent ex heredum institutione? An non militares quoque codicilli teſtamentarij pendent ex teſtamento? Quidni ergo ius idem in militum quod in paganorum codicillis obſeruabitur? Aut quodnam priuilegium militis tale tantúmque eſſe poteſt cuius ratione debeamus id admittere quod implicat contradictionem? Ego verò reſpondeo teſtamenta quidem militum pendere ex inſtitutione heredis vt etiam paganorum, at non ideò pendêre codicillos militares ex teſtamento militari quamuis ſint teſtamentarij, ſed omnia quæ miles in iis diſpoſuerit non aliunde quàm ab ipſius voluntate vires accipere, Poſtquàm placuit Imperatoribus hanc vnam eſſe vltimarum voluntatum militarium legem vt à legibus omnibus ſint ſolutæ. Quomodo enim poſſent codicilli militares etiam teſtamentarij pendêre ex teſtamento cùm fieri non poſſit vt non valeant, ſicut nec vt non valeat teſtamentum dummodò aliquis in eo heres ſcriptus ſit? Et tamen dicuntur teſtamentarij, at non quia pendeant ex teſtamento, vt codicilli teſtamentarij paganorum, ſed quia non poſſunt eſſe ſine teſtamento. Hoc tamen ſemper exigo vt teſtamentum facere miles voluerit, déque eo conſtet ad hoc vt teſtamentum à milite factum dici poſſit, tùm verò maximè cùm talis voluntas eſt quæ alioqui in dubio codicillorum potiùs quàm teſtamenti iure cenſenda eſſet. Sícque accipio quod ſuprà ex Paulo dixi quamlibet voluntatem militis teſtamentum eſſe, Scilicet quam ille teſtamentum eſſe voluerit, non etiam ſi animo id egerit vt faceret codicillos aut quid aliud quod teſtamentum non eſſet, Ne aliter poſito iure dicendum eſſet, non eſſe militi liberum non teſtari, ſi modò aliquid moriens vellet, cùm è contrariò non aliam ob cauſam tot ei priuilegia data ſint circa vltimas voluntates quàm vt tantò pleniorem & liberiorem haberet non modò teſtandi ſed etiam quoquo alio modo de bonis ſuis pro arbitrio diſponendi facultatem dum ne teſtamentum faciat ſine heredis inſtitutione. Nam quod idem Paulus ait *in l. vlt. eod. tit. De iur. codicill.* non poſſe intelligi tabulas teſtamenti eas in quibus heres ſcriptus non ſit, in milite non minùs verum eſt, quàm in pagano: Alioqui ſanè confunderentur iura teſtamentorum & codicillorum, ſi quemadmodum poteſt miles hereditatem in codicillis directò dare, Ita & poſſet teſtamentum facere ſine heredis inſtitutione. Cæterùm ſi poneres militem nullo facto teſtamento voluiſſe codicillos tantùm facere, ac in iis hereditatem directò dediſſe, Non putarem valituram eam voluntatem, neque iure teſtamenti quoniam miles non teſtamentum ſed codicillos tantùm facere voluiſſet, neque rurſus iure codicillorum, quamuis voluiſſet miles ita eſſe, quia non in aliis codicillis hereditatem directò dare militi ex priuilegio conceditur, quàm in iis qui ad teſtamentum aliquod facti ſint vt Paulus loquitur *in d. l. milites*, Non poteſt autem miles velle codicillos habere teſtamentarios ſi nullum fecerit teſtamentum, cùm ea res manifeſtiſſimam implicet contradictionem, vt teſtamentum nullum ſit, & tamen codicilli aliqui ſint teſtamentarij: Cur verò non æquè datum eſt priuilegium militi vt poſſit directò hereditatem dare in codicillis etiam ab inteſtato factis, ſi vtrũque is velle ſe dixerit & inteſtatum mori, & nihilominùs directam hereditatem in codicillis dare. Reſpondeo, quoniam æquè hoc implicat contradictionem

nem vt miles qui heredem aliquem ſcripſit inteſtatus deceſſerit. Quid enim aliud eſt Teſtatum mori,quàm heredem ſcribere? Ita, inquies ſi in teſtamẽto heres ſcriptus ſit & ab eo qui animum habuerit teſtamenti faciendi, non codicillos dumtaxat ſcribendi. Sed hoc ipſum eſt quod dico, Implicare contradictionem vt quis heredem aliquem ſcribat,nec tamen velit facere teſtamentum,vt moriatur inteſtatus. Hoc enim adiiciendum eſt vt excludam eũ caſum quo heres aliquis ſcriptus ſit à milite in codicillis teſtamentariis, qui tamen non ſint teſtamentum, vt *in d. l. militis.* Nihil enim repugnat quominùs vtrumque verum ſit, Et datam eſſe hereditatem in codicillis teſtamentariis, Et codicillos illos in quibus heres directò ſcriptus ſit, non teſtamentum eſſe ſed codicillos: nimirum quia codicilli teſtamẽtarij licèt non ſint teſtamentum totáque ſpecie differant à teſtamento, Attamen teſtamenti pars quædam eſſe intelliguntur *l. penult. D. teſtam. quemadm. aper. l. ab inteſtato* 16. *l. Plotiana* 18. *D. de iur. codicill.* Sed repugnat euidentiſſimè & implicat, vt heres aliquis ſcribatur in codicillis ab inteſtato factis, non minùs quàm vt miles decedat teſtatus in totum ſimul, & in totum inteſtatus. Fatcor poſſe illum decedere teſtatum & inteſtatum, ſed ita ſi pro parte teſtatus ſit & pro parte inteſtatus, Pro parte inquam ſiue temporis ſiue bonorum *l. ſi miles* 6. *l. miles ita* 41. *D. de teſt. milit.* Sed vt in totum teſtatus, & in totum inteſtatus decedat, etiamſi maximè velit fieri certè nullomodo poteſt. Ergo nec vt hereditatem directam det in codicillis ſi nullum teſtamentum fecerit, ſiue codicillos illos valere tanquam teſtamentarios velit ſiue tanquam ab inteſtato factos. Priore ſiquidem caſu fieri nequit vt valeant quaſi teſtamentarij nullo penitus facto teſtamento: Poſteriore verò codicilli quidem ab inteſtato fieri poſſunt etiam à pagano qui nullum teſtamentum fecit, ſed non tales in quibus hereditas directò detur, ne quidem à milite. Non quaſi teſtamentum faciat miles quoque ſicut paganus, quoties alicui hereditatem dat directam, Alioqui teſtamentum dicendum eſſet non codicilli ij in quibus poſt teſtamentum factum hereditatem directò miles dediſſet. Sed quia non poteſt decedere inteſtatus, qui heredem aliquem directò inſtituit, Cùm facere teſtamentum nihil aliud ſit quàm heredem aliquem directò ſcribere. Erit ergo hæc militis voluntas inutilis tanquam pugnantia & contradictoria continens *Ex reg. l. vbi pugnantia* 188. *de regul. iur.* Niſi quis malit dicere quod certè probabilius eſt adiuuandam eam benigna interpretatione vt valeat eo modo quo valere poteſt, id eſt tanquam teſtamentum, quaſi per ſolam imperitiam militis factum ſit vt expreſſerit velle ſe codicillos illos valere iure codicillorum ſiue ex teſtamento ſiue ab inteſtato factorum. Conſtat enim cæteras inter cauſas quæ tot militum hac in re priuilegia extorſerunt, vnam illam fuiſſe, quod viſum eſt eorum ſimplicitati & imperitiæ ſuccurrendum eſſe *l. 1. D. de teſtam. milit. l. 3. C. eod. l. impuberi* 40. *D. de admin. tutor.* & apud Iuſtin. *initio tit. De teſtam. milit.* quandoquidem magis arma quàm leges ſcire milites exiſtimantur *l. milites* 21. *C. de locat. l. 1. C. de iur. & fact. ignor.* Et inſpecto eo quod præcipuè miles egit, dubitandum non eſt, quin id animo agitauerit vt heredem haberet illum quem ſcribebat, & quidem ex teſtamento potiùs quàm vt codicillos ſiue teſtamentarios, ſiue ab inteſtato faceret, nec heredem illum haberet. Hoc enim poſterius ad corticem duntaxat & figuram verborum pertinet, Prius verò ad rei effectum negotiique ſubſtantiam. Nam & plerunque ſic euenit per errorem & imperitiam notariorum, vt quaſi ex teſtatoris mente codicil-

lorum nomine donent eam voluntatem, quæ tamen non niſi iure teſtamenti valere poſſit: Quo caſu nemo dubitat quin teſtamentum ſit, & eo iure defendatur, ſiue per notarij, ſiue per teſtatoris ipſius imperitiam codicilli dicti ſint *l. nõ codicillum* 13. vbi noſtri notãt *C. de teſtam. d. l. illud* 13. *§. tractat i D. de iure codicill.* Cuius rei elegans exemplum extat in ea ſpecie quam retulimus *Defin.* 1. *Cod. noſtro De teſtam.* Cùm tamen militibus omnibus liceat non tantùm militari ſed etiam communi iure teſtari, quia ſcilicet priuilegium numquam adimit beneficium iuris communis, non abſurda dubitatio eſt, An quod Paulus ait *in d. l. militis.* Poſſe militem in codicillis ad teſtamentum factis hereditatem directò dare, verum ſit vtroque caſu, id eſt ſiue militari, ſiue communi iure teſtatus proponatur. Dubitationem illud mouet quòd quoties fiunt codicilli teſtamentarij, neceſſe ſit eos ſequi ius teſtamenti à quo dependent *d. l. ab inteſtato in fin.* Vt proinde non videantur poſſe valere iure militari ſi teſtamentum factum ſit iure communi. Cui conſequens fiet, vt in his codicillis, quos vel iure communi, vel nullo modo valere neceſſe ſit non videatur poſſe directò dari hereditas, cùm ſit illud ex priuilegio militari. Mihi tamen meliùs cogitanti, contraria ſententia longè probabilior videtur. Ratione illa quam adfert Vlpianus *in l.* 3 *De teſtam. milit.* quòd miles qui teſtatur iure communi, non ideò ſtatim credendus ſit velle renunciare priuilegio militari, Vnde fit vt ſi qua ratione teſtamentum à milite iure communi factum eo iure valere non poſſit, perinde tamen iure militari defendatur acſi ea mente factum eſſet, vt illo iure valeret *d. l.* 3. Quidni ergo etiam codicilli ad teſtamentum hoc ita facti, vt non niſi iure militari valere poſſint, quòd in iis data ſit directò hereditas, valebunt eo iure, acſi teſtamentum quoque iure militari factum eſſet? Præſertim cùm illud etiam veriſſimum ſit quod nos ſuprà monuimus, codicillos militis, licèt teſtamentarios, non tam à teſtamento pendêre, quàm à nuda militis voluntate. Sufficit enim quòd facti ſint à milite qui ſuo iure ſic eos facere potuit, quíque licèt iure communi teſtatus ſit potuit tamen codicillos ſcribere iure militari: adeóque qui etiamſi apertè profeſſus eſſet ſe codicillos facere iure communi, non idcirco tamen priuilegio ſuo renunciaſſe videretur quominùs valere deberent iure ſaltem militari, qui iure communi valere non poſſent. Idque ſatis apertè Paulus ſignificat *in d. l. militis*, vbi ad hoc vt in codicillis hereditas directò dari poſſit, nihil aliud exigit niſi vt & à milite & ad teſtamentum facti ſint, non etiam vt iure militari, quamuis certum ſit militari tantùm iure poſſe illos valere. Ex eo autem quod ait huiuſmodi codicillis hereditatem directò dari poſſe, Bene infert ſi miles dimidiam partem hereditatis alicui his codicillis dederit, teſtamento ſcriptum ex aſſe heredem, non niſi partem dimidiam hereditatis habiturum. Legata verò data eo teſtamento vtrumque heredem communiter debiturum. Quibus verbis oſtendit Paulus, poſſe quidem ex priuilegio militari hereditatem directam etiam in codicillis dari, ſed non totam, quia neceſſarium eſt vt in teſtamento aliquis heres ſcriptus ſit, Ne alioqui nullum videatur factum teſtamentum à quo teſtamentarij codicilli dici poſſint. Abſurdum enim eſſet ita militem feciſſe & teſtamentum & codicillos, vt teſtamenti iure cenſeretur ea ſcriptura in qua heredem nullum, Codicillorum verò illa in qua heredem aliquem ſcripſiſſet. Non tamen perpetuum eſſe credendum eſt, vt in codicillis militaribus heres ſcriptus partem dimidiam hereditatis obtinere debeat. Quid enim ſi miles heredem in teſtamento

Sempro-

Digitized by Google

Sempronium ſcripſiſſet duntaxat ex beſſe, tanquam pro triente reliquo inteſtatus moriturus? Si poſteà in codicillis ad teſtamentum illud factis Mæuium heredem ſimpliciter ſcripſerit, non dimidiam hereditatis partem habebit Mæuius, ſed trientem illum ſolum qui vacabat, quemadmodum & in vltima cuiuſlibet pagani voluntate contingeret *d.l.aſſe toto 77.D.de hered.inſt.* Omnibus enim teſtatoribus ſiue militibus, ſiue paganis commune illud eſt, vt ſi plures vltimæ voluntatis ſpecies fecerint quæ omnes poſſint ſubſiſtere, omnes pariter ſint defendendæ, nec alia aliam vel perimat, vel imminuat, niſi quantũ ratio neceſſitatis cogit nos aliud dicere, vnde eſt quod placet nõ aliud habere illum debere qui ſecundo loco ſine parte ſcriptus eſt, quàm quod explendo aſſi deeſt *l. item quod Sabinus 17. in princip. eod.* Cur non verò dicimus Sempronium cui miles in teſtamento hereditatem dederat, ſaltem beſſem totius hereditatis habere debere, cùm in codicillis dimidia tantùm pars Mæuio data proponatur, vt ſcilicet ea ſeruetur proportio quam videtur teſtator ſeruari voluiſſe, qui Sempronio dimidia parte plus dedit ex hereditate quàm Mæuio. An, quòd teſtamenta militaria non facilè hanc iuris interpretationem admittant vt teſtator qui aſſe expleto alium heredem ſcribit ad dupondium tranſiiſſe exiſtimetur? Imò admittunt vt probauimus in ſuperioribus Decadibus. Ideóque non dubito quin æquè Mæuius dimidiam hereditatis partem habiturus eſſet etiamſi non pro parte dimidia in codicillis, ſed ſimpliciter heres ſcriptus fuiſſet, quia tantundem videretur ei datum, quantum Sempronio. Neque hoc dubitationem magnam haberet, ſed difficilius illud eſt, cur tantundem habeat Mæuius quantum Sempronius, cùm Sempronius in teſtamento heres ſcriptus eſt ex toto aſſe, Mæuius verò in codicillis ex ſemiſſe. Nam in pagani teſtamento in quo eſſet inſtitutus heres vnus ex aſſe, alius verò ex ſemiſſe, non idem reſponderetur, Sed in duodeuiginti vncias tota hereditas diuideretur, ex quibus duodecim vncias prior, alius octo ferret *l. interdum 13. §. penult. & l. Julianus 15. §. 1. eod. tit. D. de hered. inſt.* Ratio petenda ex eo eſt quòd cùm militis voluntas nuda & ſimplex colligi poteſt ex verbis quibus ille vſus eſt, nullus relinquitur locus interpretationi. Nudam enim & ſimplicem militis voluntatem intuemur, non vt pagani iuſtam. Quid autem ſimplicius & apertius, quàm fuiſſe illam militis voluntatem vt heres ab eo in codicillis ſcriptus dimidiam haberet partem hereditatis, cùm ei dimidiam partem diſertè dederit? Neceſſariò igitur conſequens eſt vt noluerit penès heredem ſcriptum in teſtamento quicquam aliud præter aliam dimidiam remanere. Id enim eſt quod *in §. 1.* eiuſdem legis Paulus ait tantum videri militem priori heredi abſtuliſſe, quantum in poſteriorem contulit. Etſi enim tractat eo loco de prioribus & poſterioribus tabulis, id eſt de milite qui ex militari priuilegio plura fecerat teſtamenta, Parum tamen hac parte refert an plures heredes in pluribus teſtamentis miles ſcripſerit, An verò vnum in teſtamento, alium verò in codicillis iure militari factis, licèt codicilli iſti non ideò ſint teſtamentum. Eadémque ratio facit vt dimidiam quoque legatorum partem debeat Mæuius cui pars dimidia hereditatis in codicillis data eſt, tametſi legata data ſint in teſtamento in quo Sempronius ſolus fuerat inſtitutus, & de quo ſolo proinde onerando teſtator ſenſerat. Quamquam enim nihil à Mæuio legatum fuit, cùm tamen in eum poſteà contulerit, teſtator dimidiam hereditatis

ANTONII FABRI I.C. SEBVSIANI SENATORIS SABAVDIENSIS, ET IN GEBENNENSIS DVCATVS AVDITORIO PRAESIDIS,

DE ERROR. PRAGMAT. ET INTERPR. IVR. *DECAS LXXV.*

Error primvs.

De conſtituto poſſeſſorio rei abſentis.

MVLTA quidem à nobis diſputata ſunt in ſuperioribus Decadibus de poſſeſſione, præſertim verò de clauſula conſtituti aduerſus omnes interpretum omnium opiniones, ſed nihil planè quod tam nouum & abſurdum videri pragmaticis noſtris poſſit, quàm quod nunc tractandum, probandumq; adgredimur, Si quis alieno nomine conſtituerit ſe poſſidere rem, quam ſuo nomine poſſidebat, ſed quæ tamen eo tempore non ſit præſens, nihil eo cõſtituto agi, vt poſſeſſio quę penes conſtituentem fuit in conſtitutarium transferatur. Nam præter id quod ex tot interpretibus, qui de conſtituto ſcripſerunt, non reperio quem opinionis huius meæ vel authorem laudare poſſim, vel aſſertorem, nec ſi Andræam Tiraquellum conſulam, qui hanc tamen quæſtionem attigit *in tract. De iur. conſtit. poſſeſſ. part. 2. ampliat. 3.* Euertit hæc noſtra propoſitio maiore ex parte ac ferè omnes cæteras, quas pragmatici noſtri pro veriſſimis habent in praxi, & clauſulæ huius adiectionem qua in omnibus omnium contractuum generibus, vix vlla penè alia frequentior, vt plurimùm inanem & inutilẽ reddet. Nam cùm ſoleant notarij paſſim adhibere clauſulã obligationis bonorum omnium debitoris pręſentiũ & futurorum, eiq; ſubiicere clauſulam conſtituti, adeò vt ſi quando fortè inconſultò prætermiſſa ſit, non niſi per nimiam notarij imperitiam factum id exiſtimetur, quî fieri obſecro poteſt, vt bona ſua omnia & præſentia & futura in manibus aut ante oculos habeat debitor, cui placeat conſtituere ſe bona ſua omnia creditoris ſui nomine poſſidere? Eſt tamen quod ſiue interpretibus, ſiue pragmaticis noſtris minùs ſuccenſeamus, qui veritatem hanc per tot ſecula ignorauerint, quam nec diffitemur nos in hunc vſque diem ignoraſſe, Non alia vtique de cauſa, quàm quòd neque in mentem nobis venit

Digitized by Google

verúmne an falſum illud eſſet inquirere, de quo ante nos nemo dubitauerat, aut in controuerſiam deduxerat, quin & veriſſimum & prorſus indubitatum eſſet. Me verò ad hanc ſententiam inueſtigandam & inducendam illud primùm excitauit, quod ſuperiore Decade tractaui de differentia pignoris & hypothecæ, quam veteres prudentes noſtri præcipuam illam obſeruarunt, quòd per pignus transfertur rei obligatæ poſſeſſio in creditorem, quæ per hypothecam non transfertur, *lege cùm & ſortis* 35. §. 1. *D. de pignoratitia actione.* Nimirum quia pignus re & traditione contrahitur §. *creditor. Inſtitut. quib. mod. re contr. oblig.* hypotheca verò nuda conuentione *lege contrahitur* 4. *D. de pignoribus l. D. de fide inſtrumentorum.* ſic enim mecum tacitus reputabam, Cùm tam multa magnáque ſint commoda poſſeſſionis vt ad eam ſiue adipiſcendam, ſiue retinendam, ſiue recuperandam nihil non facere debeat, quiſquis rebus ſuis prudenter, ac ex prudentum conſilio proſpicere velit, quis credat futurum vſpiam creditorem vllum tam malè cautum, qui ſi de bonis debitoris ſui obligandis cogitet, non malit pignus contrahere, quàm hypothecam? id eſt rerum obligatarum poſſeſſionem ſibi acquirere, potiùs quàm dimittere penes debitorem. Quid verò facilius, quàm id aſſequi beneficio clauſulæ conſtituti, quæ licèt traditio non ſit, traditioni tamen æquipolleat quantum ad hoc vt in conſtitutarium poſſeſſio omnis vera & realis, nec ciuilis tantùm, ſed etiam naturalis quæ cunque penès conſtituentem fuit transferatur *vulg. l. quod meo* 18. vbi omnes notant *D. de acquirenda poſſeſſione.* An fortè ignotior erat antiquis prudentibus noſtris poteſtas clauſulæ conſtituti, quàm ſit hodie notariis noſtri temporis? aut minùs cognita vtilitas quæſitæ poſſeſſionis? Cur ergo, inquiebam, frequentior in prudentum reſponſis mentio hypothecæ & hypothecariæ? Niſi quòd tandem pignoris appellatio abuſiuè ad hypothecam quoque protracta eſt, cùm ab initio non niſi ad res mobiles pertineret, quarum quippe traditio ſolet eſſe facilior, cùm ſint in manu. Vnde & pignus dictum eſſe placet tanquam à pugno. *l. ſi rem alienam* 9. §. *propriè pignus D. de pignoratitia act. l. plebs eſt* 238. §. *pignus appellatum De verb. ſignific.* Cur non quiſquis conueniebat de pignore, curabat etiam adhiberi clauſulam conſtituti per quam non hypothecarius, ſed pignoratitius poſſeſſor efficeretur? Fuit autem hæc apud me ratio tanti momenti vt ex ea primùm ceperim colligere, Per clauſulam conſtituti poſſeſſionem bonorum abſentium acquiri nec olim potuiſſe, nec hodie poſſe. Non enim alia veteris moris cauſa mihi poſſe afferri videbatur, quàm quòd vt plurimùm eueniret, fieri conuentionem de obligandis rebus abſentibus, quarum proinde ſicuti traditio ſequi nulla poterat, ita neque poſſeſſio acquiri aliqua citra traditionem, Earum ſcilicet rerum quas tradi eſſet impoſſibile per naturam, quomodo certè impoſſibile eſt præſentem fieri traditionem rei abſentis. Quid verò referre poterat, quòd tradi res abſentes non poſſent, ſi per conſtituti clauſulam quaſi æquipollentem traditioni poſſeſſio bonorum abſentium in conſtitutarium creditorem transferri iure pignoris potuiſſet? Nam neque aliam pragmatici & interpretes noſtri differentiam agnoſcunt inter traditionem & conſtitutum, niſi quòd traditio, inquiunt, naturalis & verus modus eſt transferendæ poſſeſſionis: Conſtitutum verò ciuilis modus & fictitius. Cæterùm in eo ferè omnes, certè plerique ac magis communiter conſentiunt, vt per conſtitutum non minùs quàm per traditionem vera

realis,

Digitized by Google

realis,& naturalis poſſeſſio acquiratur,omnis deniq; excepta corporali,quæ non tam vera poſſeſſio,quàm aſinina,vt loquuntur,detentio eſt,& ad quam, cùm ſit meri & nudi facti,iuris fictio pertingere nullo modo poteſt.Et quãuis non defuerint,qui ſenſerint poſſeſſionem quæ per fictitium illum conſtituti modum acquiritur,eſſe quoque fictitiam, cum quibus & Tiraquellus ſentit *dict.part.2.ampliat.1.num.7.in fin.*quaſi per rerum naturã fieri nequeat, vt quod fictum eſt producat verum & proprium effectum , & id quod fictũ eſt,rem det non fictam,Receptior tamen longè imò receptiſſima eſt contraria ſententia eodem Tiraquello teſte:Ideóque omnes illos effectus quos traditioni veræ ius ciuile tribuit,etiam conſtituto tribuere noſtri ſolẽt,quaſi nihil aliud ſit conſtitutum quàm ipſa quoque traditio , ſed ficta. Ex quo rurſum magis moueor,vt putem per conſtitutum rei abſentis nullam penitus poſſeſſionem acquiri poſſe.Cùm enim omnes fateantur,quod & veriſſimum ſanè eſt,tam facilè acquiri ex conſtituto naturalem,realem, & actualẽ, vt vocant,poſſeſſionem,quàm ciuilem,quoties nimirum vtraque eſt penès conſtituentem,conſequens omnino videtur,vt non alio caſu poſſit ficta traditio locum habere,quàm quo etiam vera poſſet. Eſt enim hoc commune omnibus fictionibus iuris,vt ita demum induci debeant,ſi id quod in fictionem venit & ius & naturam recipere poſſit,quomodo de confeſſionibus iudiciariis ſcriptum eſt in *l.ſi is cuius* 14.*in fin.*iunct. *l. præced. D. de interrog. in iur.fac.l.filio* 23.*D.de liber & poſthum l.vlt.C.de ſent paſſ. & reſtit.* Quod cùm ad omnes iuris fictiones pertineat , tùm maximè ad eas quæ circa factum hominis verſantur,in quibus quantò minor poteſtas iuris eſt,tantò maior in ſubiecto fictionis aptitudo requiritur,vt fictio inducatur.Eiuſmodi verò eſt potiſſimùm cauſa poſſeſſionis *l.denique* 19.D.*ex quib.cauſ.maior.l.*1.§.*ſi vir vxori D.de acquir.poſſ.*Atqui per naturam impoſſibile eſt vt realis & actualis poſſeſſio transferatur citra veram traditionem,itémque vt vera & actualis traditio fiat eius rei,quæ non ſit pręſens,cùm tradere nihil aliud ſit,quàm de manu in manum dare: Sunt enim alij quidem modi etiam naturales acquirendæ & adprehendendæ poſſeſſionis,puta per occupationem, ſed non transferẽdę:*l.qua ratione* 9.§.*hæ quoque res l traditio* 20.*D.de acquir.rer domin.* Ergo nec per fictam traditionem,quæ ex conſtituto inducitur,aliter poſſeſſio transferetur quàm ſi eo tempore quo conſtitutum ſit,res præſens inueniatur. Sic dicimus,manumiſſionem per lictores hodie domino etiam tacente expediri ſolere, & verba ſollennia , licèt non dicantur,pro dictis tamen accipi oportere *l. manumiſſio* 23. *D. de manumiſſ. vindicta.* An verò id ita intelligimus , vt etiam abſente domino ea manumiſſio expediri poſſit? Ita fortaſſe imperitioribus videatur. Ad quid enim præſentiam domini ad loquendum requiramus,cuius nec verba requirimus? Sed tamen non ita eſt.Quia enim verba etiam quæ dicta non ſunt,pro dictis habemus, ſic manumiſſionem fieri neceſſe eſt , vt verba quæ dicta non erunt , dici tamen potuiſſe appareat. Quomodo autem loqui in re præſenti poſſet , qui præſens ipſe non eſſet ? Vt ergo termini , quod aiunt , habiles ſupponantur , qui ſemper ſupponendi ſunt , præſentiam domini etiam tacentis exigimus , vt locutus intelligatur, etiamſi tacuerit , quia nec locutus alius intelligi poteſt quàm qui loqui potuit.Similiter igitur dicamus,

Poſſe fictam quoque traditionem ſufficere ad transferendam poſſeſſionem, vt puta per conſtitutum:ſed non alio id caſu,quàm quo vera traditio interuenire potuerit,adeóque interueniſſe intelligatur,quod porrò non aliter fieri poteſt, quàm ſi præſens res eſſe proponatur : quia rem abſentem tradere nemo poſſet,nec maiorem fictionis poteſtatem in caſu ficto eſſe oportet, quàm ſit veritatis in caſu vero : vt vel ipſo interpretum & pragmaticorum noſtrorum brocardico iactari ſolet. Niſi fortè quis auſit dicere, conſtituto eam vim ineſſe vt poſſeſſionem transferat, non iure traditionis fictæ, ſed proprio ſibi modo.Sed non ita eſt.Alioqui dicendũ eſſet,non tantùm traditionibus,ſed etiã ac potiſſimùm conſtitutis,&poſſeſſionẽ,& per poſſeſſionẽ dominium quoque trãsferri: cùm frequentior hodie apud omnes ferè gentes cõſtituti vſus ſit,quàm traditionis,maximè verò apud nos & apud Italos, & tamen nuſpiam conſtituti mentionem hac parte factam reperias,ſed tantùm traditionis vt *in l.traditionibus* 20.*C.de pact. d. l. traditio* 20. *d. l.* 9. *§. hæ quoque res. l.nunquam* 31. *D.de acquir.rer.domin.*Nempe quia nec niſi traditionis loco conſtitutum eſſe poteſt tanquam traditio quædam ficta, ad quã proinde neceſſaria ſunt ea omnia quæ ad veram traditionem concurrere oporteret, & conſequenter præſentia rei de qua tradenda tractatur.

ERROR SECVNDVS.

De amiſsione poſſeſsionis & eius adprehenſione ſine tactu.

ATQVE huic noſtræ ſententiæ ipſa etiam iuris ratio manifeſtiſſimè patrocinatur.Etſi enim dubitatum eſt à quibuſdam vtrum ſolo animo poſſit amitti aut retineri poſſeſſio, veriúſque eſt animo tantùm poſſe illam nõ modò retineri, ſed etiam amitti,ſi ab animo incipiat amiſſio *ex l.3.§.in amittenda D.de acquir.poſſ.*quemadmodum & ſolo corpore interdum amittitur,ſi poſſidentis perſona talis ſit,quæ animum habere non poſſit aut poſſidendi,aut definendi poſſidere,puta ſi pupillus ſine tutoris authoritate deſinat corpore poſſidere *l.poſſeſsionem* 29.*eod.*(in aliis enim qui poſſeſſionem animo retinere poſſunt,ſecus eſt *l.peregrè* 44.*§.vlt.eod.*)Illud tamen inter omnes conſtat non niſi & animo & corpore acquiri eam poſſe *d. §. in amittenda & §.1.eiuſd.l.& l.quemadmodum* 8.*eo.tit.*ſiue à pedibus,ſiue à ſedibus dictam velis,cùm neque ſedes,neque pedes ſint ſine corpore *l.1.eod. tit.* Porrò cùm eam rem,quam poſſideo meo nomine,conſtituo me tuo nomine poſſidere,duo ex ordine fieri,& interuenire neceſſe eſt ad hoc vt poſſeſſio tibi acquiratur.Primùm illud vt deſinã ego poſſidere,quod ſolo animo aſſequi facilè poſſum.Recedit enim à nobis poſſeſſio ſtatim atque conſtituimus nolle poſſidere *l.ſi quis vi* 17.*§.differentia eod.*Alterum verò vt te faciã poſſeſſorem,aut quod effectu idem eſt,vt tu per me incipias poſſidere.Neq; verò exiſtimandum eſt fieri hæc duo poſſe in eodem inſtãti:ne alioquin admitti neceſſe ſit vt in eodem inſtanti duo ſimul eandem rem poſſideãt, cùm nec alius deſinere poſſit poſſidere,quàm qui adhuc poſſidet.Prius igitur eſt ordine

ordine ſaltem naturæ & intellectus, vt deſinam poſſidere, quàm vt tu incipias. Atquin vbi deſij poſſidere, non poteſt mea poſſeſſio quæ ampliùs nulla eſt facere te poſſeſſorem. Eadem igitur ſeruanda ſunt ad acquirendā tibi poſſeſſionem quę ſeruanda eſſent ſi per me poſſidere velles eam rem quam ego nunquam poſſediſſem: quo caſu dubitari non poſſet, quin non aliter poſſes incipere poſſidere, quàm ſi nunc primùm vel meo, vel tuo corpore poſſeſſionem adprehenderes, quam rurſum niſi rei præſentis ſiue meo corpore, ſiue tuo adprehendere nunquam poſſes. Igitur præſentia rei omnimodo neceſſaria eſt, vt per conſtitutum poſſeſſio quæ penes me fuerat in te transferatur: quia non tam perſona mea inſpicienda eſt, quæ anteà poſſidebat, quàm tua quæ nunc primùm incipit poſſidere. Nec proinde tam inquirendum illud eſt quid interuenire ſufficiat ad hoc vt poſſeſſio amittatur, quàm quid neceſſe ſit concurrere, vt acquiratur. Nam etſi meus venditor à me iuſſus procuratori meo rem tradere eam tradiderit, non aliter tamen mihi traditam videri placet, quàm ſi in præſentia ſit, vt ex Priſco tractat Paulus *in l.1.§.ſi iuſſerim eod.tit.* vbi elegantem rationem affert, quòd non ſit neceſſe poſſeſſionem adprehendere corpore & tactu (ſic enim legendum eſt non *actu*, vt vulgò, repetita poſtrema litera præcedentis dictionis ex more librarij Florentini,) ſed etiam oculis & affectu, eiúſque rei argumento eſſe ait res illas quæ propter magnitudinem ponderis moueri nō poſſunt, vt columnas. Nam pro traditis eas haberi ſi in re præſenti paciſcentes conſenſerint, & ſimiliter vina tradita videri cùm claues cellæ vinariæ emptori traditæ ſunt, apud cellam nimirum vinariam: exemplo eius quod Papinianus ſcribit *in l.clauibus 74. D. de contr.empt.* Clauibus traditis ita mercium in horreis conditarum poſſeſſionem traditam videri, non vtique ſi claues quocunque loco traditę ſint, ſed ſi apud horrea, quo facto, inquit, confeſtim emptor & dominium, & poſſeſſionem adipiſcitur, etiamſi non aperuerit horrea, quomodo accipiendum etiam eſt quod Caius ſcribit *in d.l.qua ratione 9.§.item ſi quis merces D. de acquir.rer.domin.* Nimirum quia parum refert an res ipſas, de quibus tradendis agitur in ſuo conſpectu & ante oculos habeat is qui poſſeſſionem ipſarum adipiſci deſiderat, an verò horrea in quibus ſunt illæ reconditæ: vt proinde non ſatis verè Frāciſcus Hottomanus ex iis locis inferat, non ſēper ad tranſlationem dominij vel poſſeſſionis requiri corporalem præſentiam, & ocularem, & naturalem rei traditionem. Quid enim diſtat, an res in horreis recōditæ oculis contrahentium ſubiiciantur, an ipſa horrea? Quamquam nec id ſufficeret ſi non etiam claues traderentur, non magis quàm ſola clauium traditio ſi eam non concomitaretur præſentia horreorum. Ex eo ſanè inferre potuit non malè, nihil non egiſſe Iurecōſultos, vt quibuſcunque potuerunt modis facilem redderent poſſeſſionis acquiſitionem, quòd publica commerciorum vtilitas id exigere maximè videretur, violatis etiamſi, quando eſſet opus, regulis iuris, vt cùm paſſi ſunt per liberam perſonam, ſiue procuratoris, ſiue tutoris aut curatoris acquiri poſſeſſionem *l.1.§. per procuratorem D. de acquir.poſſ.* cùm tamen extra cauſam poſſeſſionis nihil per liberam perſonam acquiri nobis poſſit *l.1 C.per quas perſon.nob. acquir. l. per procuratorem 8.C.de acquir poſſ.l.ſolutum 11.§.per liberam D.de pignor.act l.traditio 20.§.vlt. D.de acquir.rer.domin.* Vnde intelligimus tantò verius eſſe quod ſuprà diximus, non fuiſſe illos prætermiſſuros tam facilem & expeditum modum acquirendæ poſſeſſionis rerum abſentium per clauſulā conſtituti velut in ſub-

Digitized by Google

ſidium traditionis,quę nulla eo caſu fieri poterat,ſi vlla iuris arte ac fictione poſſe id fieri credidiſsēt.Sed fiēt iſta planiora ex iis quę in ſeqq.ſubiiciemus.

ERROR TERTIVS.

De ſententia & ratione l.hæc ſi res præſens 47. & l.præced.D.de rei vindicat.

NOn poſſe acquiri poſſeſſionē per fictitię traditionis modos, non magis quàm per veram traditionem ſine præſentia rei, præter ea quę proximo capite diſſeruimus, probatur etiam nec obſcurè ni fallor, ex eo quod Paulus ſcribit in *l. eius rei 46. & ſequenti. D. de rei vindicatione.* Eius rei quæ per in rem actionem petita tanti æſtimata eſt,quanti in litem actor iurauerit, dominium quidem ſtatim ad poſſeſſorem pertinere , Tranſegiſſe ſiquidem cum eo & decidiſſe videtur actor,eo precio quod ipſe conſtituit, ſed hoc ita demùm ſi res præſens ſit.Si enim ſit abſens,tunc demùm incipere dominium pertinere ad poſſeſſorem,cùm eius rei poſſeſſionem nouam nactus erit ex voluntate actoris.Et ideò non eſſe alienum vt non aliter lis æſtimetur à iudice,quàm ſi cauerit actor,quòd per ſe non fiat,poſſeſſionem eius rei nō traditu iri. Tractat quidem Paulus eo loco de acquiſitione dominij quod ab actore eodémque domino transferri neceſſe eſt in poſſeſſorem vt is ex poſſeſſore,& quidem malæ fidei,qualis anteà erat,fiat iuſtus & verus dominus. Sed tamen habet ea quæſtio implicitum tractatum de acquiſitione poſſeſſionis,quia niſi per poſſeſſionem acquiri dominium non ſolet *l.per procuratorem 8.C.de acqu.r.poſſ.* Ideò fortaſſe,quòd dominia rerũ ex naturali poſſeſſione cœperint,vt Nerua filius dicebat,probabátque ducto argumẽto ab iis rebus quæ terra,mari,cœlóque capiuntur,quæ conſtat protinus illorum fieri,qui primi poſſeſſionem ipſarum adprehenderint *l.1.in princip.D.eod.* Poſſeſſio autem numquam trãsfertur ſine traditione vel vera,vel ficta,cùm traditio nihil aliud ſit quàm poſſeſſionis datio,ab vno facta in alium, vt partim ex Theophilo,partim *ex l.3.in princip.D.de act.empt.* diffinit Iacob.Cuiacius *lib.11.obſer.cap.19.& ex l.ſi rem tradi 28 D.de verb.oblig.* Non poteſt igitur tractari de acquiſitione dominij in ſpecie *d.l.eius,* quin de poſſeſſionis quoque acquiſitione tractandum ſit & de traditione aliqua vel vera,vel ficta. Quanquam mirum illud fortaſſe videri poſſit , quod cùm eo loco tractet Paulus de transferendo in eum dominio qui iam poſſeſſor erat,nouam tamen exigat poſſeſſionis apprehẽſionem vt dominiũ ad poſſeſſorem pertineat:quaſi verò is qui iam poſſidet,aut noua poſſeſſione indigeat,aut magis poſſeſſor fieri poſſit.Sed facile eſt videre,poſſeſſionem, quæ neceſſaria eſt poſſeſſori ad acquirendum dominium non illam eſſe,quæ iam ſit penès poſſeſſorem ſiue bonæ fidei illa ſit,ſiue vitioſa,ſed eam demum quæ ſit penès actorem, & quæ ab actore in reum transferatur.Itaque cùm duo ſimul poſſidere in ſolidum , & eodem tempore non poſſint,omnino conſequens eſt, vt reus qui rem actoris mobilem per vindicationem petitam per actoris iuſiurandum in litem æſtimari paſſus eſt,licèt eam litis æſtimationem præſtiterit,non aliter tamen nec priùs fieri dominus poſſit,quàm ab actore eodémque domino illam ipſam rem per traditionem accepiſſe videatur.Proinde duplici traditionis

ditionis fictione opus eſt, Vna per quam fiat, vt domino eidémque victori res ſua reſtituta exiſtimetur, Altera, per quam eadem res actori reſtituta, rurſum ab eo poſſeſſori condemnato tradita eſſe intelligatur. Porrò vt fictio iſta vtraque locum habeat, ponendum eſt neceſſariò rem præſentem eſſe, vt Paulus ſubiicit *in d. l. hac ſi res.* Nam ſi abſens ſit, nulla traditionis fictio induci poteſt nec modus vllus alius transferendæ poſſeſſionis ad transferendum dominium, etiamſi in eo maximè litigatores conſentiant vt dominium transferatur, quippe quod non niſi certis & legitimis modis transferri poteſt, vt neque poſſeſſio. Nulláne igitur ſupererit ratio transferendi dominij in poſſeſſorem, qui paruerit iudicato, & litis æſtimationem quam ob contumaciam ſuam inferre iuſſus eſt perſoluerit? Nulla planè quæ ſit in promptu, ſed tunc demùm tranſlatum intelligetur dominium in poſſeſſorem, cùm is poſſeſſionem nactus fuerit ex voluntate actoris. Noua enim illa erit poſſeſſio, & quaſi ab actore ipſo tradita, non vetus continuata, licèt inter veterem & nouam poſſeſſionem, neque alia perſona, neque alia poſſeſſio vlla interuenerit. Nec idcirco mutare ſibi poſſeſſionis cauſam poſſeſſor videbitur, nam quod ſcriptum eſt apud veteres, Neminem ſibi poſſe mutare cauſam poſſeſſionis de eo accipi debet qui corpore, & animo poſſeſſioni incumbens hoc ſolum ſtatuit vt ex alia cauſa id poſſideret, Non ſi quis dimiſſa poſſeſſione prima eiuſdem rei denuò ex alia cauſa poſſeſſionem nanciſci velit *l. qui bona fide 19. §. 1. D. de acquir. poſſ.* In propoſito autem caſu noua ſubeſt cauſa nanciſcendæ poſſeſſionis, Præſtita ſcilicet litis æſtimatio, quę emptionis loco eſt *l. 1. & 3. D. pro emptor. l. ſi ſeruus 21. §. 1. verſ. & ideò. in fin. D. de euict.* Cæterùm quemadmodum ſi rem meam quam tibi vendidi non tradiderim, tu verò anthoritate tua non ex mea voluntate poſſeſſionem nactus ſis, non pro emptore poſſides ſed prædo es, *l. ſi ex ſtipulatione 5. D. de acquir. poſſ.* Ita & in ea ſpecie quam tractamus, non ſufficit poſſeſſori ad acquirendã poſſeſſionem rei alienæ quòd litis æſtimationem præſtiterit, niſi etiam illud cõcurrat, vt eius rei poſſeſſionẽ nactus ſit ex voluntate actoris, Alioqui quomodo per eam poſſeſſionis adprehenſionem fieri queat dominus, cùm nec bonæ fidei poſſeſſor fiat, qui eſt prædo? Nec enim iuſtum titulum adeſſe ſufficit & præcedere, vt iuſta poſſeſſio ſit, ſi non ſit etiam iuſtè adprehenſa *d. l. ſi ex ſtipulatione l. miles 6. §. qui iudicati. D. de re iudic. l. meminerint 6. C. vnde vi.* quomodo è contrario nec ſufficit ad acquirendum dominium quòd iuſta ſit iuſtéq; acquiſita poſſeſſio niſi præcedat titulus, qui non modò iuſtus ſit, ſed etiam habilis ad dominij tranſlationem inducendam *l. nunquam nuda 31. D. de acquir. rer. domin. l. quæcunq; 13. §. 1. D. de publician. in rem. act.* Eſt autẽ in ſpecie noſtra titulus ille habilis qui inducitur ex præſtita litis æſtimatione, tanquã quę, vt dixi, ex parte actoris inſtar vẽditionis obtineat, aut ſi voles, etiam trãſactionis & deciſionis. Sic enim Paulus loquitur iis verbis: *trãſegiſſe enim cũ eo, & decidiſſe videor eo precio quod ipſe cõſtituit*, ſũpto *trãſactionis* nomine minùs ꝓpriè & abuſiuè pro deciſione negotij, nõ pro pacto qđ ſuper dubia lite interpoſitũ ſit, vt & in *l. quid ergo 13. §. pen. ff. de his qui not. infam.* & aliis pleriſq; locis. Vbi tamẽ manifeſtũ eſt ꝓ *videor* legẽdũ eſſe *videtur*, cùm id verbũ ad actorẽ referatur, de quo in tertia tãtùm perſona locut⁹ fuerat Paulus in pręcedẽtibus, loquitúrq; in ea ipſa clauſula, cùm addit, *quod ipſe conſtituit.* Actor enim qui iurat in litẽ ille eſt qui preciũ rei ſuæ cõſtituit, nõ reus cõtra quẽ iuratur, *l. nec quaſi 70. eod. tit. l. 1. l. videamus 4. et paſſ. D. de in lit. iur. l. ſi cùm dos &.*

§.1.et l.ſeq.D.rer.amot. Cùm igitur adſit titulus habilis ad trāſferendū dominium nihil aliud prætereà requiritur, niſi vt eidem veteri poſſeſſori noua iuſtaq; poſſeſſio acquiratur, quod vtique non aliter fieri poteſt, quàm ſi traditio aliqua ex parte domini fingatur breui manu interueniſſe, quæ ipſa interueniſſe videbitur, ſi modò ex voluntate actoris poſſeſſionem eius rei quandoque poſteà nanciſcatur. Non ſufficit vt veterem poſſeſſionem dimittat quæ non potuit non eſſe vicioſa, ſaltem ex die litis conteſtatæ *l.ſed etſi 25.§.ſi ante D.de petit.hered.* nec vt nouam per ſe nanciſcatur, quod facilè poſſet facere, cùm ponamus & poſſeſſorem iam eum eſſe, & id actum inter ipſum & actorem vt poſſeſſor ipſe remaneret, ſed id omnino exigimus vt poſſeſſionem illam nouam ex domini voluntate nanciſcatur, quòd alioqui futurum nō ſit vt à domino res ei tradita videatur. *Et ideò*, inquit Paulus, *nō eſt alienum non aliter litem æſtimari à iudice, quàm ſi caueris actor quòd per ſe non fiat poſſeſſionem eius rei non traditum iri*, ne ſcilicet aliter poſito iure eueniat, vt in actoris poteſtate ſit, tum quoque cùm litis æſtimationem acceperit, impedire ne qui fuerat anteà iniuſtus poſſeſſor, dominus fieri vnquam poſſit, ſi fortè conſentire nunquam volet, vt eius rei poſſeſſionem nouam condemnatus reus adprehendat. Quid verò eſſet tantoperè de hoc laborandum, ſi etiam abſentis rei poſſeſſionem per conſtitutum transferri poſſe Paulus noſter cum interpretibus exiſtimaſſet? An nō erat expeditius vt actor hic iuberetur conſtituere ſe poſſeſſoris nomine poſſidere, quàm vt ei cauere cogeretur? Nec enim facilè in eam ſententiam prudentes noſtri feruntur, vt actorem cauere cogant ei qui ob dolum ſuum & contumaciam condemnatur *l.& ex diuerſo 35.§.pen. l.is qui dolo 69.* iunct. *l.ſi culpa 63.eod.l.ideoq; 10.D.rer.amot.l.mulier.19.D.qui potior.in pignor.hab.* Quare non de euictione illum cauere vult Paulus, ſed tantùm de non faciendo, quò minùs poſſeſſionem rei petitæ is, qui condemnatus eſt, liberè nanciſci quandocunque poſſit, quoniam id tantùm agit, vt poſſit per poſſeſſionem dominium transferri in poſſeſſorem, non vt poſſeſſori actor in perpetuum obligetur.

ERROR QVARTVS.

De Accurſii & Cuiacij interpretationibus ad d. l. hæc ſi res.

HÆc quamquam ita ſunt, longè tamen aliter locum illum Accurſius noſter interpretatur. Ait enim *rem præſentem* à Paulo dici non eam quæ ſit in præſentia, & in oculis contrahentium, ſed quæ ſit in poteſtate emptoris, vt eius reſtituendæ. Et abſentem ſimiliter eam, quæ non ſit in poteſtate, non eam quæ non ſit in oculis & conſpectu. Quo nomine pridem notatus rectè eſt à viro doctiſſimo Iacobo Cuiacio qui *lib.4.Obſer.cap.3.* bene docuit Rem præſentem Paulo eam eſſe quæ in præſentia & in oculis eſt contrahentium, Quomodo dicimus *in re præſenti vindicare, in re præſenti cognoſcere, in rem præſentem venire*, & alia huiuſmodi, quæ congerit vir doctiſſimus, & plura congeri facilè poſſent, vel ex ſola Latini ſermonis ratione. Neque de hoc vel Accurſius ipſe dubitaret, niſi videret tractare Paulum de poſſeſſore qui iam rem teneat, in cuius poſſeſſoris perſona videtur fictam traditionem induci, etiamſi contra-

Digitized by Google

contrahentes in re præſenti non conſenſerint. Nec enim quibus legibus hoc genus traditionis introducitur, in eis rei præſentis verbum vllum, vt ſupradicto loco ratiocinatur Cuiacius, *ex §. interdum Inſt. de rer. diuiſ. l. ſi rem 62 in princip. D. de euict. l. ſiue 9. §. 1. D. de public. in rem act. l. ſi ſeruus 21. in fin. D. de acquir. rer. domin.* Neque tamen euoluere ſe poteſt vir doctiſſimus, ab obiectione quam fieri videt *ex d. l. eius 46. & l. ſeq. De rei vindic.* quamuis dicat ille infirmiſſimum eſſe argumentum. Nam quod primùm tentat reſpondere, loqui eam legem non de poſſeſſore ſed de eo qui dolo deſiit poſſidere, atque adeò tanti fuit damnatus, quanti actor in litem iurauerat, apertè repugnat verbis legis quæ demonſtrant perſonam poſſeſſoris eo loco *dominium ſtatim ad poſſeſſorem pertinet.* Quod verò ſibi parum conſtans ſubiicit ſecundæ interpretationis vice, loqui equidem Paulum in ea lege de poſſeſſore, ſed non aliam rei præſentiam exigere quàm vt ab eo poſſideatur qui litis æſtimationem ſuffert, quòd iureiurando in litem contumacia æquè coerceri poſſit *l. 1. & 2. D. de in lit. iur. l. 5. §. Iulianus D. ad exhib.* non magis probabile eſt. Illa enim legis verba ſimiliter repugnant *hac ſi res præſens ſit,* Niſi pro Cuiacio refugias ad interpretationem Accurſianam illam quam ab ipſo reprobatam diximus, vt rem præſentem Paulus dixerit non eam quæ ſit in oculis & præſentia contrahentiũ ſed eam quæ ſit in condemnati poteſtate. Nam quid referre poteſt an cum Accurſio ſic loquare, an verò dicas cum Cuiacio *quæ ab eo poſſideatur?* In poteſtate ſiquidem noſtra id eſſe maximè dicitur, quod nos poſſidemus, nec aliud quicquam eſt cuius reſtituendi poteſtatem veriùs habeamus *l. officium 9. D. de rei vindic.* Debuit igitur vir doctiſſimus non eandem facere condicionem eorum omnium, qui rem alienam poſſident cuius dominium ſubinde ex nuda domini voluntate acquirere ſibi velint ſine traditione, ſed diſtinguere an rem illam poſſeſſor teneat ex anteriore traditione per dominum ipſum facta quamuis alia ex cauſa, An verò ab alio quàm à domino, vt priore caſu rei præſentia non ſit neceſſaria ad dominium poſſeſſori acquirendum ſi dominus eam rem fieri poſſeſſoris velit, vt in legibus ſuprà citatis, Poſteriore verò caſu neceſſaria ſit præſentia *dict. l. eius.* Sed de tota hac diſtinctione, eiúſque ratione, quia non inelegans nec inſubtilis tractatus videtur, paullò latiùs differendum nobis eſt capite ſequenti.

ERROR QVINTVS.

De caſibus in quibus ſine traditione naturali etiam abſentis rei proprietas & poſſeſſio acquiritur.

CONSTAT inter omnes quod à Caio primùm ſcriptum eſt *in l. qua ratione 9. § interdum D. de acquir. rer. domin.* & à Iuſtiniano noſtro poſteà iiſdem verbis repetitũ *in §. interdum Inſt. de rer. diuiſ.* Interdum etiam ſine traditione nudam voluntatem domini ſufficere ad rem transferendam, veluti inquit, ſi rem quam commodaui aut locaui tibi, aut apud te depoſui vendidero tibi: quod & aliis plerisq; iuris noſtri locis proditum legimus, vt *in l. ſed & ſi res 7. §. 1. l. ſiue autem 9. §. 1. D. de public. in rem act. l. certi condictio 9. §. vlt. ff. de reb. cred.*

l. ſi rem 62 in princip. D. de euict. l. ſi ſeruus 21. in fin. D. de acquir rer. domin. Sed de eo non ſatis conſtat, quomodo accipiendum illud ſit, An ita vt rem quæ pro tradita habetur in præſentia, & ante oculos contrahentium eſſe neceſſe ſit, quomodo videtur intellexiſſe Accurſius vt locos illos omnes conciliet cum *l. eius rei 46. & l. ſeq. D. de rei vindic.* de quarum ſentẽtia & ratione ſcripſimus capite præcedente: An ita vt pręſentia rei nulla requiratur, cuius nulla ſanè iis in locis mẽtio fit, quod magis probat Iacob. Cuiac. *lib. 4. Obſeruat. cap. 3.* vt proximè referebamus. Huic tamen poſteriori interpretationi obſtant ea quæ in ſuperioribus diſputauimus de neceſſitate adhibendæ præſentiæ rerum, de quarum ſiue vera, ſiue ficta traditione agatur. Obſtat etiam ex diametro Paulus *in d. l. hæc ſi præſens 47. De rei vindic.* niſi reſponſio & conciliatio aliqua noua proferatur, quam nec Accurſius, nec Cuiacius, nec alius quiſquam excogitare adhuc potuerit. Hæſitat enim vterque, & Accurſius quidem, cùm ait vel neceſſariam eſſe his quoq; caſibus præſentiam rei, vel apud Paulum intelligendam eſſe rem præſentem quæ ſit in poteſtate, quod vtrumque falſum eſt, quamuis non ideo duplici errore ſe inuoluant Accurſiani, vt malè Cuiacius obiicit, ſed alterutro, quia non vtrumque adfirmant, ſed vel hoc, vel illud: quaſi aliud nihil ſit, quod meliùs dici poſſit. Cuiacius verò æquè titubat, niſi quòd tandem turpiùs labitur cùm aduersùs ipſa legis verba offendit, Paulum intelligens vel de poſſeſſore qui non poſſideat ſed dolo deſierit poſſidere, vel de re quam ita præſentem eſſe oporteat, vt tamen in præſentia non ſit, quæ omnia implicant contradictionem. Mihi videtur Bartolus acceſſiſſe propiùs ad veritatem, quamuis nec eam iudicio meo bene attigerit. Is enim *ad d. l. certi condictio 9. §. vlt. de reb. cred.* poſt Dyn. *ad cap. pro poſſeſſore de reg. iur. in 6.* diſtinguit in hunc modum: Quando quis non habet domini voluntatem ad incipiendum ſibi poſſidere non ſufficit nuda voluntas ſine traditione ex *l. 3. § ſi rem D. de acq. poſſeſſ.* vbi Paulus ait, ſi rem apud te depoſitam furti faciendi cauſa contrectaueris me deſinere poſſidere, ſed ſi eam loco non moueris & inficiandi animum habeas, pleroſque veterum, & poſt eos Sabinum & Caſſium rectè reſpondiſſe poſſeſſorem me manere quia furtum ſine contrectatione fieri non poſſit, nec animo furtum admittatur. Sed quando is qui rem iam poſſidet, vel detinet, habet domini voluntatem ad incipiendum ſibi poſſidere, tunc ſufficit quòd ipſe detineat vel poſſideat, licèt res non ſit in conſpectu. Et ita intelligendum eſſe Vlpianum vult Bart. *in dicta lege certi. §. vltimo.* Quandoque verò quis nullo modo tenebat vel poſſidebat, & tunc, inquit ille, requiritur traditio vera vel ficta *ex l. cùm res 12. C. de probat. leg. 3. C. de acq. ir. poſſeſſ.* quibus poſſit etiam addere *l. vnic. C. de ſuffrag.* in illis verbis: *ſequatur & traditio corporalis, & rem fuiſſe completam geſta teſtentur. Aliter enim ad nouum dominum tranſire non poſſunt, neque de vetere iure diſcedere.* Ex qua Bartoli diſtinctione videtur colligi poſſe, ſic eum ſentire vt quo caſu is qui rem alienam tenet iam vel poſſidet, domini voluntatem habet ad incipiendum ſibi poſſidere, nulla traditione opus ſit neque vera, neque ficta ad dominium transferendum, cùm eo demùm caſu traditionem aut veram, aut fictam exigat Bart. quo is qui dominium ſibi acquirere vult nec poſſidebat anteà, nec vllo modo detinebat. Hic verò primus hac in quæſtione Bartoli error eſt. Non enim minùs neceſſaria eſt ficta traditio ad acquirendum ei dominium qui detinebat adeóque poſſidebat quidem anteà, ſed vel ex nulla, vel ex

alia

alia cauſa, quàm ſi eam rem nunquam detinuiſſet, vel poſſediſſet: cùm prior illa poſſeſſio qualiſcunque fuerit ſiue iuſta, ſiue iniuſta, neceſſariò dimittenda ſit & amittenda vt eiuſdem rei denuò ex alia cauſa poſſeſſor fiat is qui hoc agit vt per peſſeſſionem dominium nanciſcatur *l. qui bona fide* 19. §. 1. *D. de acquir. poſſ.* Quemadmodum enim ad tranſlationem dominij non ſufficit præcedere iuſtum titulum, ſi non etiam poſſeſſio transferatur, *l. traditionibus* 20. *C. de pact.* Ita neque poteſt illud ſufficere vt ſit poſſeſſio penès acquirentem niſi tranſlata ſit ex ea ipſa cauſa ex qua dominium acquiritur, & quæ habilis ſit ad dominium transferendum *l. nunquam nuda* 31. *D. de acquir. rer. domin.* Quare nec aliter prudentes noſtri loqui ſolent, cùm hac de re tractant, quàm vt dicant haberi rem pro tradita, vt *in d. l. ſi rem* 62. *D. de euict.* & pro tradita eſſe accipiendam *in d. l. ſiue autem* 9. §. 1. *de publician. in rem act.* Quod ipſum, quid aliud eſt obſecro, quàm traditionem fictam interueniſſe? nec eſt contrarium quod Caius *in d. l. qua ratione* 9. §. *interdum.* & poſt eum Iuſtin. *in d.* §. *interdum. Inſt. de rer. diuiſ.* ſcribit transferri hoc caſu dominium nuda voluntate ſine traditione. Id enim de traditione vera & naturali accipiendum eſt, de qua *in* §. *per traditionem*, & alibi paſſ. *eod. tit.* non de traditione ficta, quæ variis ex modis inducitur. Indéque nimirum dubitandi cauſa naſcitur, propter quam iis quoque caſibus de quibus *in d.* §. *interdum* præſentia rei neceſſaria eſſe videatur, ad inducendam ſcilicet poteſtatem fictæ traditionis, quam neceſſariam exiſtere negari certè non poteſt. At neque verum illud eſt quod vult Bartolus. Cùm quis non habet domini voluntatem ad incipiendum ſibi poſſidere, non ſufficere nudam voluntatem ſine traditione. Nam cùm depoſui apud te, aut commodaui tibi rem meam, quam poſtea tibi vendidi, non poſſis dicere niſi cum mendacio, habere te voluntatem meam ad incipiendum poſſidere tibi. Nec enim tibi rē meam tradidi ea mente vt inciperes eam tibi vel exinde, vel vnquam poſteà poſſidere, ſed è contrario potiùs vt eam per te, tuóque corpore poſſiderem, adeò vt nec poſſis incipere tibi poſſidere, ſi aliud nihil ex mea parte interueniat, quin hoc ipſo furtum facias ſi modò rem illam contrectes *d.* §. *ſi rem l. 3. D. de acquir. poſſeſſ.* In quo longè durior condicio tua eſt, quàm ſi vel depoſitum, vel commodatum nullum præceſſiſſet. Eo ſiquidem caſu incipiendo quidem tibi poſſidere poſſeſſionem meam interuerteres, perindéq; e faceres vt deſinerem poſſidere, ſed fur tamen non eſſes, neque res furtiua fieret. Non igitur debet condicio tua ob id melior fieri vt nuda mea voluntate citra vllam traditionem poſſis dominium eius rei tibi acquirere ex ſubſecuta venditione, quòd voluntatem meam ab initio habueris ad incipiendum tibi poſſidere. Poſſéque ratio Bartoli eo demùm caſu procedere quo dominus rei ſuæ poſſeſſionem in eum tranſtuliſſet cui poſtea eandem rem vendidiſſet, puta in creditorem quem conſtat ſibi poſſidere non debitori præterquàm quod ad cauſam vſucapionis pertinet *l. ſeruus nomine decima ſexta. D. de vſucap. l. 3.* §. *creditores.* vbi Accurſ. *D. uti poſſidetis.* Denique nec illud verum eſt quod generaliter nimis vult Bartolus, quando poſſeſſor habet domini voluntatem tunc ſufficere quòd ipſe rem detineat, licèt non ſit illa in conſpectu. Fieri ſiquidem facilè poteſt, vt domini voluntatem aliquam poſſeſſor habeat, ſed ita tamen vt non idcirco traditio vlla vel vera, vel ficta interueniſſe intelligatur: quo caſu haud dubiè neceſſaria eſt rei præſētia, vt tunc ſaltē cū poſterior eáq; nuda domini volūtas accedit,

Digitized by Google

traditionis vice eſſe poſſit quòd res ſit præſens, *vt in d.l.eius 46.& l. ſeq. D. de rei vindic.* Nec enim ſola domini volũtas traditionis vice eſſe poteſt, quãuis è contrario neque vera, neque ficta traditio vlla eſſe poſſit ad transferẽdum dominium, vel poſſeſſionem ſine voluntate transferendi *d. l. qua ratione 9.§.interdum.D.de acquir.rer.domin.*

ERROR SEXTVS.

De diſtinctione quæ adhibenda eſt, cùm quæritur, An præſentia rei neceſſaria ſit ad transferendam poſſeſſionem?

QVid ergo eſt? Puto diſtinguendum quidem eſſe, ſed aliter cõcipiendam diſtinctionem, quàm Bartolus conceperit. Aut enim traditio aliqua ſiue vera, ſiue ficta præceſſit contractum, ex quo id agitur, vt dominium transferatur, aut nulla. Si nulla præceſſerit, vt à poſteriore diſtinctionis parte exordiamur, nõ puto dubitari poſſe quin neceſſaria ſit præſentia rei non ſolùm ad tranſlationem dominij, ſed etiam ad tranſlationem poſſeſſionis: Tametſi ponas millies conſtituti clauſulam interueniſſe. Nec minùs cùm is qui dominium acquirere ſibi vult, iam poſſeſſor eſt, quàm ſi nõ eſſet. Nihil enim refert quod ad hanc rem attinet an nullomodo poſſideat nec teneat, an verò teneat quidem & poſſideat, ſed ab alio quàm à domino: quod omnium optimè probat Pauli textus *in d.l.eius 46.& ſeq.* Itémq; quod ſcriptum eſt *in l.1. §ſi iuſſerim l.quod meo 18.§.ſi venditorem D.de acquir.poſſ.l.clauibus D.74. de contr.empt.* qui omnes loci, & de ficta traditione loquuntur, & rei præſentiam requirunt. Quòd ſi mille alios iuris locos in contrarium proferas, in quibus æquè de ficta traditione agatur, & tamen nihil de adhibenda rei præſentia exprimatur, vt à negatione argumentando inferas, præſentiam igitur rei neceſſariam non eſſe, nihil me id mouebit: dicam enim quod ſuprà iam monui, præſupponẽdos eſſe ſemper terminos habiles, numquam verò tractari poſſe de traditione ſiue vera, ſiue ficta, quin pręſentiam rei ſupponi oporteat, cùm impoſſibile ſit rem abſentem tradi, Fictiones autem iuris maximè verò quæ important veritatem, non ad id quod impoſſibile eſt accommodandę ſunt, ſed ad id quod poſſibile. Alioqui perinde inferas, Poſſe naturaliter quoque ac verè abſentem rem tradi, cùm ex tam multis iuris locis qui de traditione loquuntur, déque dominio per traditionem transferendo, tam pauci ſint qui præſentiam rei quaſi neceſſariam requirant, quam tamen neceſſariam eſſe omnes etiam qui contra nos ſentiunt, fatentur. At ſi traditio aliqua ſiue naturalis & vera, ſiue ficta præceſſerit qualiſcunque illa ſit, hoc eſt ſiue nudam corporalem detentionem, ſiue poſſeſſionem veram in accipientem tranſtulerit, quãuis in aliam cauſam facta ſit, quàm in eam ex qua nunc dominium transferri contrahentes velint, nuda voluntas domini citra vllam traditionem nouam ſiue veram, ſiue fictã poteſt ſufficere vt ex noua cauſa noua poſſeſſio, & per nouam poſſeſſionem dominium acquiratur. Ideóque nec præſentia rei vlla in eam cauſam opus eſt, Exempla ſunt illa quæ Caius & Iuſtin. adferunt in *d.§.interdum*, ſi rẽ quã commodaui, aut locaui tibi, aut depoſui apud te, vendidero tibi. Nam cùm depo-

Digitized by Google

depoſitum & cõmodatum re contrahantur,certũ eſt traditionem in iis contractibus interuenire oportere,Cùm nihil aliud ſit re contrahi obligationẽ, quàm contrahi traditione:In locatione autem ſicuti diſſimile illud eſt quod ſolo conſenſu non etiam re contrahitur,ita & illud ſimile,quod tacitã quoque traditionem exigit,non vt perficiatur,ſed vt ex parte locatoris impleatur,cùm is patientiam fruendi præſtare conductori debeat,quæ ipſa patientia nihil niſi tacita traditio eſt *l.ex conducto 15.§.1.l.ſi fundus33.& paſſ.D.locat.* iunct.*l.3.ff.de vſufr.l.vlt.ff.de ſeruit.*His ergo caſibus,& aliis qui ſunt ſimiles cùm traditio aut vera,aut ficta præceſſerit,mirum non eſt venditionem quæ ſubſequitur,non indigere noua traditione vt noua poſſeſſio in emptorem transferatur.Sufficit enim mutari cauſam,ſi non poſſeſſionis quæ hoc caſu nulla penès commodatarium,aut depoſitarium,aut conductorem fuiſſe vnquam intelligitur *d.l.3.§.ſed etſi is qui ff.de acquir poſſ.*Saltem detentionis,vt qui antea rem detinebat tanquam depoſitarius vel commodatarius vel conductor,exinde incipiat poſſidere ſuo nomine tanquam emptor , & ex noua illa cauſa poſſeſſionem nanciſcatur,& per poſſeſſionem dominium.Quid enim referre poteſt an poſſideret anteà vel tantùm rem detineret?cùm etiãſi verè poſſidebat ob hoc ipſum tamen neceſſe eſſet deſinere illum poſſidere,vt ex noua cauſa poſſidere inciperet *dict.l.qui bona fide 19.§.1.ff.de acquir.poſſ.*quamuis non ſicut dominium,ita & poſſeſſionem ex pluribus ſimul cauſis habere quis prohibeatur *l.3.§.ex plurimis ff.de acquir.poſſ.* Idem ergo erit ſi rem meam vendidero creditori cui eam pignori dederam, quíque proinde ex pignoris cauſa eam poſſidebat *d.l.ſe ui nomine 16.ff.de vſucap.* Nam & hoc caſu res pro tradita habebitur *d.l.ſiue autem 9.§.1.de publician.in rem act.* vbi addit Vlpianus,ſed etſi traditio præceſſerit idem eſſe dicendum. In quo mirari quis poſſit,quòd ita loquitur Vlpianus,quaſi in ſuperioribus exemplis,cùm quis rem apud ſe depoſitam,vel ſibi cõmodatam , vel pignori ſibi datam emit,traditio nulla præceſſerit,quam ſanè fatendum eſt præceſſiſſe cùm omnes ij contractus re perficiantur.Sed huius verſiculi non ille ſenſus eſt,at hic potiùs vt quamuis nuda traditio præceſſerit,id eſt quæ nullam penitus cauſam habeat,perindetamen dicendum ſit ſubſecuta cauſa aliqua rem habendam eſſe pro tradita ex noua illa cauſa non minùs quàm ſi ab initio tradendi cauſa aliqua interueniſſet. Non enim quemadmodum dicimus ex nuda traditione numquam transferri dominium , *d. l. numquam nuda 31. de acquir.rer.dom.*Ita poſſimus dicere nudam traditionem etiam ad transferẽdam poſſeſſionem prodeſſe nihil debere,nullam ſiquidem cauſam aliam requirit traditio ad tranſlationem poſſeſſionis,quàm factum & voluntatẽ tradentis,quia poſſeſſio magis facti eſt , quàm iuris,dominium verò ex contrario meri iuris eſt non facti. Igitur ſi cùm nulla tradendi cauſa ſubeſſet rem aliquã tibi tradidero,poſteà verò eandem tibi vendidero, exinde habebitur pro tibi tradita vt vel rei vindicationem ciuilem habere poſſis ſi mea res fuit,vel Publicianam ſi aliena dummodò emeris bona fide & quaſi meam. Puto amplius , cùm non aliter Publiciana competat, quàm ſi emptor non minùs traditionis,quàm emptionis tempore bonam fidem habuerit *l.ſed etſi 7.*aliàs *l.eum qui §.Iulianus,*aliàs *l.traditionem eod.ill.tit.de public.in rem act.* In propoſito tamen caſu non tam debere tibi nocere,ſi veræ & naturalis traditionis tempore fueris in mala,quàm prodeſſe ſi bonam fidem habueris eo tempore,quo res incipit haberi pro tibi tradita ex cauſa emptionis , quia

Digitized by Google

vt Publiciana competat,hæc duo debent concurrere,vt & bona fide quis emerit,& ei res empta eo nomine ſit tradita *§.bonam autem fid. in eiuſd.leg.* magis igitur attendenda eſt ficta traditio quæ ex cauſa ſecutæ venditionis nunc primùm facta intelligitur,quàm prior illa vera & naturalis, quam ponimus factam fuiſſe ſine cauſa. An verò his caſibus pręſentiam rei exigemus,vt res habeatur pro tradita? Minimè verò, quia verum eſt traditionem aliquando factam eſſe,& quidem ab eo ipſo,qui tradere nunc deberet,ſi numquam antea tradidiſſet. Nec quod noua tradendi cauſa ex poſtfacto ſuperuenerit,poteſt neceſſitatem inducere nouæ traditionis faciendæ,cùm ſufficiat nuda domini voluntas nō vt pro traditione ſit,ſed vt traditionis,quæ vel verè,vel fictè præceſſerit,cauſa mutetur. Etſi enim cauſam poſſeſſionis nemo ſibi mutare ſolo animo poteſt *d.l.qui bona fide* 19. *§.1.de acquir.poſſ.* quin tamē id facere poſſit ex concurrente alterius cuius intereſt voluntate nemo ambigit. Animi nāque illud eſt,magis quàm facti alicuius extrinſeci, nec cuiquā vlla in eo fit iniuria.Et hoc nimirum eſt quod apertè Iuſtinianus ſcribit *in d.§. interdum* 44.*Inſt.de rer.diuiſ.quamuis enim ex ea cauſa,inquit tibi rem non tradiderit,eo tamen ipſo quòd patitur tuam eſſe ſtatim tibi acquiritur proprietas,perinde acſi eo nomine tibi tradita fuiſſet.* Vt intelligamus nudam illam voluntatem domini,quæ patientia eſt,non ad id prodeſſe,vt res tradita exiſtimetur, ſed vt eo nomine,& ex ea cauſa nunc primùm tradita eſſe videatur, id eſt vt detentionis,vel poſſeſſionis cauſâ mutetur.

ERROR SEPTIMVS.

De eo qui cæpit animo poſsidere Ad l.certi condictio 9.§. vlt. D.de reb.credit.& ad l.interdum 21.l quarundam 51.D.de acquir.poſſeſs.

ESSET illud explicatu diffic lius,quod rationis loco adfert Vlpianus *in l.certi condictio 9.§.vlt.* iis verbis,*animo enim cæpit poſſidere* ſi nō ex iis ferè quæ modò diximus,intelligeretur.Quis enim vnquam dixit,poſſe quem ſolo animo incipere poſſidere? Dubitant quidem nōnulli,an ſolo animo poſſit amitti poſſeſſio,proptereà quòd ratio iuris repugnare videatur, at ſuadere potiùs, vt quemadmodum nulla poſſeſſio acquiri niſi animo & corpore poteſt,ita nulla amittatur niſi in qua vtrumque in contrarium actum ſit *l. quemadmodum* 8. *D.de acquir.poſſ.l.ferè quibuſcunque* 153.*de regul.iur.* Sed tamen magis probatur vt animo ſolo poſſit amitti,quamuis non acquiri niſi animo & corpore *l.3.§.in amittenda l.peregrè* 44.*§.vlt.D.de acquir.poſſ.* ſcilicet cùm amiſſio incipit ab animo vt in ſequentibus dicemus.At poſſe quem ſolo animo incipere poſſidere,nemo vnquam dixit.Difficilior enim eſt vt cæterarum ferè omnium rerum,ita & poſſeſſionis acquiſitio,quàm amiſſio.Quid ergo ſupradictis verbis ſibi vult Vlpianus? Id vnum quod ad finem ſuperioris capitis diximus,quoties traditio aliqua præceſſit,per quā factū ſit vt tu rē meam vel detinere,vel etiā poſſidere cœperis,ſed ex alia cauſa,quàm ex qua nūc eā habere velis,poſſe animum tuū cum voluntate mea cōiunctū facere,non vt incipias poſſidere ſimpliciter,ſi nec poſſideres adhuc rem nec detineres,ſed vt poſſidere incipias ex noua hac cauſa,ex qua nullo modo anteà poſſidebas.

Cùm

Digitized by Google

Cùm enim iam eſſes corpore in poſſeſſione quod adeò meri facti eſt, vt neque poſſidendi animum exigat *l.ſi quis antè* 10.*§.1.l.quod meo* 18.*in princip.D. de acq.poſſ.* nihil aliud tibi deerat ad veram poſſeſſionem, niſi vt inciperes habere animum poſſidendi ex iuſta cauſa, & ex mea voluntate. Id verò euenit cùm depoſitis apud te decem, poſteà permiſi tibi vt iis vtereris. Poſſeſſio enim quæ per depoſitum tranſlata in te non fuerat *l.licèt* 17.*§.rei depoſitæ.D.depoſit.* incipit eſſe tua, ſtatim atque conſentimus vt eam pecuniam tu tibi habeas quaſi creditam, in cuius ſcilicet poſſeſſione iam es, propter traditionem à me tibi factam ex cauſa depoſiti. Quid enim præterea exigere quiſquam poſſit? An vt res tradatur tibi, cuius poſſeſſio iam apud te erat priùs etiã quàm tua eſſet? Neque verò fieri poteſt etiamſi maximè velimus, vt ea res tibi magis aut iterum tradatur, niſi fortè remedij loco illud inducamus, vt tu prior eam mihi reddas, eandem à me ſubinde recepturus, Qui circuitus quid aliud adferat, niſi vt per plura fiat id quod non ſolùm æquè commodè, ſed etiam longè commodiùs poſſit fieri per pauciora? Denique nihil vetat cùm cætera omnia concurrunt quæ neceſſaria ſunt ad poſſeſſionem acquirendam, ſolo excepto animo poſſidendi, vt incipiat quis animo poſſidere, Nimirum ſtatim atque animum illum habere poteſt ex voluntate illius ex cuius facto iam antè cœperit eſſe in poſſeſſione. Quod cùm ſit, non tamen ſolo animo incipit poſſidere, ſed & animo & corpore, cùm iam antè poſſideret corpore, id eſt detineret. Id enim propriè eſt poſſidere corpore, rem corporaliter detinere; Animo autem poſſidere nihil aliud, quàm verè poſſidere. Nam ſine animo poſſidendi detentio eſſe poteſt, poſſeſſio eſſe non poteſt. Adeò autem æſtimatur poſſeſſio ex animo poſſidendi, vt quamuis poſſit quis corporaliter eſſe in poſſeſſione priuſquàm animum poſſidendi gerat, ſemper tamẽ ab animo incipere dicatur poſſeſſio, tùm quoque cùm animũ illum cætera præcedunt omnia. Materiam enim poſſeſſioni præbet corporalis detentio, animus verò poſſidendi formam. Forma porrò illa eſt quæ dat eſſe rei, & denominationem. Indéque eſt quòd licet corpore quis poſſidere deſierit, animo tamen retinet poſſeſſionem, quamdiu retinet animum poſſidendi, ſi modò nihil obſtet, quominùs corporalem etiam detentationem occupare poſſit quandocunque. Fruſtrà ſiquidem eſt animus poſſidendi, qui effectum habere nullum poteſt, vt puta ſi quis reuerſus à nundinis nõ ſit admiſſus ab eo qui occupauerat interim poſſeſſionem *l.clam poßidere* 6.*§.qui ad nundinas l.ſi id quod* 25.*§.quod autem l.peregrè* 44.*§.vlt.D.de acquir.poß.* aut ſi id quod poſſidemus ita perdiderimus vt ignoremus vbi ſit *d.l.ſi id quod in princip.* niſi cuſtodiæ cauſâ fortè recõditum ſit in aliquo loco cuius memoria poſtmodùm non occurrat *vt d.l.peregrè in princip.* Aut denique ſi mari aut flumine occupatum ſit quod anteà poſſidebamus: Id enim poſſidere nos deſinimus, *l. qui vniuerſas* 30.*§.item quod mari eod. tit.* Cæterùm animo ſolo retinetur poſſeſſio, quamdiu libera eſt corporalis adprehenſio, licèt nõ perinde animo ſolo acquiratur *d.l.qui vniuerſas §.quod per colonum.* Sed & animo ſolo amittitur poſſeſſio, cùm incipit quis animo deſinere poſſidere, licèt maneat in poſſeſſione fundi, quia ſtatim atq; cõſtituimus nolle poſſidere deſinimus poſſidere *l.ſi de vi* 17.*§.differẽtia eod.* cùm nec videatur quis eſſe corpore vbi nõ eſt animo *l nihil intereſt* 26.*ff.de captiu.et poſtl.* Et rideo cùm interpretes noſtros ſic loquẽtes audio, vel ſcribẽtes lego, vt diſtinguãt an poſſeſſionis amiſſio incipiat à corpore an ab animo, quaſi verò poſſit vllo caſu fieri vt amiſſio poſſeſſionis

incipiat à corpore. Quod ſi ita eſſet, vtique fateri cogeremur incipere poſſeſſionē amittere illum, qui ad nūdinas profectus neminē reliquerit ad custodiēdam & retinendam poſſeſſionem ſuam, Contrà quàm tamen ſcriptū ſit *in d.§. qui ad nundinas*, Quemadmodum & dicendum eſſet incipere illum poſſidere qui iure familiaritatis fundum amici ingrederetur, quod tamen non ita eſt. Nullomodo enim is videtur poſſidere, id eſt ne quidem corpore, quia non eo animo eſt ingreſſus vt poſſideat, licèt corpore in fundo ſit *l. qui iure familiaritatis* 41. *eod. tit.* ſoli excipiendi illi ſunt, qui non poſſunt habere animum aut poſſidendi aut deſinendi poſſidere, vt puta furioſus & infans, & ſi quæ ſunt ſimiles perſonæ. Nam & infanti ſoli tradita poſſeſſio ſolo corpore ipſi quæritur, Ne alioqui paullatim illud quoque induci neceſſe ſit vt ne quidem per tutorem poſſeſſio infanti acquiri poſſit, vt ex Papiniano ratiocinatur Imp. *in l. 3. C. de acquir. & retin. poſſ.* Ideoq; etiam poſſeſſionem pupillum ſine tutoris authoritate amittere poſſe placuit, non vt animo ſed vt corpore deſinat poſſidere, Quod enim facti eſt, poteſt amittere: Alioqui nulla ſupererit ratio amittendæ per pupillum poſſeſſionis cùm eam animo amittere nō poſſit *l. poſſeſſionem* 29. *D. eod.* nō magis quàm furioſus *l. ſi is qui animo* 27. *eod. tit.* vbi quod de ſaltibus hybernis æſtiuiſq; Proculus loquitur, exempli potiùs cauſa quàm ad cæterarum rerum diſtinctionem dictum videri debet, cùm idem ſit in omnibus prædiis ex quibus non hac mente recedimus, vt omiſiſſe poſſeſſionem velimus, quomodo Vlpianus interpretatur *in l. 1. §. quod vulgo* 25. *D. vnde vi & de vi armat.* ſolet tamen id vulgò dici a cæteris quoq; prudentibus vt à Paulo *in l. 3. §. ſaltus hibernos D. de acquir. poſſ.* & à Papiniano *in dict. l. peregrè §. vlt. cum duab. legib. ſeq. eod.* Ideò fortaſſe, quòd cùm ſaltus hyberni æſtiuíque ſint, qui certis ſtatiſque temporibus relinquuntur, vt Paulus ait *in d. §. ſaltus*, nullo vt plurimùm in iis locis relicto ſeruo vel colono *d. l.* 45. *eod.* viderentur interim illi haberi pro derelictis ad tempus, niſi ſpeciali quodam iure in iis receptum eſſet vt eorum poſſeſſio animo ſolo retineretur: Ad differentiam cæterorum, quorum poſſeſſio ſic retinetur animo, vt etiam corpore retineri videatur, licèt poſſeſſor receſſerit à fundo, cùm habeat animum redeundi quandocunque volet, nullo certi temporis interuallo ſuſpenſum Denique poſſeſſio cuiuſcunque rei corpore & animo quæſita, ſolo animo retineri dicitur, non quaſi corpore amittatur. Retinetur enim illa ipſa quæ & corpore & animo quæſita fuerat, & quidem tota non ex parte, ſed quia ſolus animus facit, vt etiam corpore per abſentem retineri intelligatur. Hæc verò Accurſius noſter non benè percepit, qui quod ſcriptum eſt *in d. §. vlt.* depoſitarium cœpiſſe animo pecuniam poſſidere, ita demū defendi poſſe putat ſi pecunia fuerit in conſpectu & præſentia contrahentium, vt non tantùm animus poſſidendi ſed etiam ficta traditio interueniſſe videatur. Quæ interpretatio verbis Vlpiani nullomodo conuenit in quibus nihil eſt quod præſentiæ neceſſitatem aut exigat aut præſeferat. Nec rurſus ratio iuris hanc adiuuat interpretationem. Cùm enim ponat Vlpianus præceſſiſſe depoſitum cuius obligatio non niſi re & traditione contrahitur, nulla traditionis fictione opus eſt vbi adeſt vera & naturalis detentio, nec proinde quicquam cauſæ cur rei præſentiam requiramus quam lex nunquam exigit niſi ad fictam traditionem inducendam. Illud certè verum eſt, nullam in ea ſpecie poſſeſſionem penes depoſitarium fuiſſe ante cōuerſam cauſam depoſiti in cauſam mutui, quia depoſitarius nullomodo poſſidet *l. 3. § ſed ſi is qui D. de acquir. poſſ.*

Digitized by Google

poſſ. Ob idq; tantò magis dici poteſt cœpiſſe hunc depoſitarium exinde animo poſſidere, qui anteà non poſſidebat, ſed quamuis poſſediſſet, fortè ſi non depoſitarius ſed creditor fuiſſet, idem tamen adhuc dici poſſet, cœpiſſe illum animo poſſidere cùm rem ſibi datam pignori cœpiſſet iure emptionis poſſidere, (non enim de pecunia, ſed de ſpecie tractandum eſt, cùm ponimus cauſam crediti conuerſam eſſe in cauſam emptionis) quia nihil refert an qui nūc ex noua cauſa poſſidere incipit, anteà numquam poſſederit, an ex alia cauſa poſſederit, cùm neceſſe ſit tùm quoque cùm poſſedit deſinere illum poſſidere ex priore cauſa, vt incipiat poſſidere ex noua illa ex qua dominium ſibi vult acquirere.

ERROR OCTAVVS.

De ſententia l. interdum 21. & l. quarundam 51. D. de acquir. poſſ.

EODEM pertinet, ſed mirum tamen magis illud eſt, quod Iauolenus ſcribit *in l. interdum 21. eod. tit. De acquir. poſſ.* Interdum eius quoque rei poſſeſſionem cuius ipſi non habemus, alij tradere nos poſſe, Veluti, inquit, cùm is qui pro herede rem poſſidebat, antequàm dominus fieret, precariò ab herede eam rogauit. Nimirum quia per rogationem precarij is qui rogat cùm iam rem teneat nanciſcitur poſſeſſionem ex illa cauſa precarij *l. 4. §. 1. l. & habere 15. §. eum qui. l. vlt. D. de precar.* ſed ita tamen vt etiam is qui precario conceſſit poſſideat, quia non diſceſſit animo de poſſeſſione *d. §. eum qui*, cùm precarij rogatio non in hoc interponatur vt debitor poſſeſſionem ſolus habeat, ſed tantùm vt ei corpore tenere rē liceat *l. non ſolùm 33. §. vlt. D. de vſucap.* Nō poteſt autem corpore quis rem tenere ab alio, quin alius ille hoc ipſo poſſideat, cùm poſſidendi animum ſuum ſatis declaret concedendo precariam duntaxat poſſeſſionem. Itaque ſicut is qui iam corporaliter rem tenet ſiue tanquam verus licèt iniuſtus poſſeſſor, ſiue tanquam nudus detentor, nulla traditione indiget vt vel mutata, vel acquiſita poſſeſſionis cauſa incipiat poſſidere precariò, ſufficiente in eam rem nuda voluntate concedentis, Ita neque is qui precariò conceſſit vlla eget traditione, aut traditionis fictione, vt poſſeſſionem quam nondum habuerat, per detentoris perſonā ſolámq; precarij rogationem nanciſcatur, breui manu, Perinde acſi longiore manu poſſeſſionem accepiſſet à detentore, eandémque poſteà eidem precariò conceſſiſſet. Sic fit vt eadem precarij rogatio proſit non ſolùm ad mutandam poſſeſſionis cauſam, ſed etiam ad acquirendam precariam, faciendúmque eodem inſtanti poſſeſſorem illum qui precariò conceſſit, quamuis non anteà poſſideret: quoniam hæc omnia ſe inuicem conſequuntur: & quorum tamen omniū nihil verè diceretur, ſi poneres precariò rogaſſe eū, qui anteà nec poſſideret, nec detineret. Neq; magis hoc caſu quàm ſuperioribus præſentia rei neceſſaria eſt, ad fictā traditionem inducendā, vt poſſeſſor fiat is qui rē iam detinet, aut vt poſſeſſorem faciat eum quem precariò rogauit. At neq; illud requirimus, vt corporalem illam poſſeſſionem, quæ precarij rogationē præceſſerit neceſſe ſit habitam fuiſſe ab eo qui precario rogatur vt *in l. eius rei 46. & ſeq. D. de rei vindic.* quia nimirum tranſlatio poſſeſſionis hoc caſu ita

HHHh ı

ſit in concedentem vt tamen eodem inſtanti recurrat precaria ad rogantem qui iam poſſeſſor, aut detentor inuenitur, nec niſi nouam poſſeſſionis cauſam nanciſcitur, per precarium. Longè alia ratio eſt illius qui cùm iam poſſideat ſuo nomine, conſtituit ſe alieno poſſidere. In huius enim perſona non tractamus de faciendo illo poſſeſſore, quem ponimus iam eſſe poſſeſſorem, ſed qua ratione poſſit per ſolum conſtitutum facere poſſeſſorem alium qui nec poſſidet vllo modo, nec detinet: Hoc verò eſt quod nos negamus aliter fieri poſſe quàm ſi res in præſentia ſit, & in conſpectu, vt traditio aliqua ſaltem ficta interueniſſe videatur, quæ hoc ſanè caſu omnino neceſſaria eſt vt poſſeſſio in eum transferatur, qui cùm ne quidem ſuo animo poſſit incipere poſſidere, ſed corporis miniſterio indigeat ad acquirendam poſſeſſionem, multò minùs poteſt incipere poſſidere animo ſolo conſtituentis, Quem vtique ſatis eſt poſſe animo ſuo deſinere poſſidere rem quoq; abſentem, quod neceſſariò præcedere debet vt in alium poſſeſſio transferri poſſit. Sed non ideò ſtatim conſequens eſt vt hoc ipſo tranſlata poſſeſſio intelligatur, quia ſicuti plus eſt ita difficilius poſſeſſionē acquirere quàm amittere: nec quemadmodum ſolo animo amitti, ita & ſolo animo acquiri ea poteſt, ſi non etiā corporis traditio vel vera, vel ficta interueniat, quæ porrò interuenire nulla queat rei abſentis. Planè quarundam rerum poſſeſſionem animo poſſe nos adipiſci Labeo dicebat, veluti ſi aceruum lignorū emero, & cū venditor tollere me iuſſerit, nam ſimul atq; cuſtodiā poſuiſſem traditū mihi videri. Idēq; iuris eſſe vino vendito cùm vniuerſæ amphoræ vini ſimul eſſent. Sed in eo vt in pleriſq; aliis bene reprehenſus fuit Labeo à Iauoleno: cùm hæc ipſa cuſtodiæ appoſitio nihil niſi corporis traditio ſit, quandoquidem nihil intereſt vtrum mihi, an & cuilibet iuſſerim cuſtodia tradatur, vt ex Iauoleno ſcriptū eſt *in l. quarundam 51. D. eod. tit. De acq. poſſ.* vbi addit ille, putare ſe hanc quæſtionem in eo conſiſtere, an etiamſi corpore aceruus, aut amphoræ adprehēſæ nō ſint nihilominùs traditæ videantur. Concludit autē nihil videri intereſſe vtrū ego ipſe aceruū, an quis alius mādato meo cuſtodiat, Vtrobiq; enim animi quodam genere poſſeſſionē æſtimandā eſſe; Id eſt certo modo videri quidem animo poſſeſſionē hanc acquiri ſed nō animo ſolo, verùm etiā quodāmodo corpore, cùm aliqua corporis traditio interueniſſe intelligatur. De illo certè dubitare nemo poſſit, quin rei pręſentiam & cōſpectū in ea ſpecie Labeo quoq; ipſe exegerit, ad acquirendā mihi ſolo animo poſſeſſionē. Nec enim abſenti rei cuſtodia poni poſſet, Vt intelligamus Labeonem licèt in ea ſpecie diſſenſerit à prudētibus, vt credibile eſt, cæteris, nō minùs quàm à Iauoleno, nō aliter tamē putaſſe acquiri poſſe ſolo animo poſſeſſionē, quàm ſi res præſens & in conſpectu eſſet. Quidni ergo idē admittamus, quoties tractatur de trāsferenda per cōſtituti clauſulā poſſeſſione, Cùm interpretes omnes cōſentiāt habendum eſſe cōſtitutū pro ficta rei traditione? Illud quoq; ſentētiæ noſtræ ſatis cōuenit, quod Vlpianus noſter *in l. quadā mulier 77. ff. de rei vindic.* tractās de muliere quæ Titio nō marito donauerat fundū per epiſtolā & eundē fundū ab eo cōduxerat, Ait poſſe quidē defendi actionē in rem ei cōpetere, quaſi per ipſam adquiſierit poſſeſſionē, veluti per colonam. Sed cùm proponeretur quòd etiā in eo agro qui donabatur fuiſſet, cùm epiſtola emitteretur, *hac res ſufficiebat*, inquit, *ad traditā poſſeſſionē, licèt conductio nō interueniſſet.* Quibus verbis an nō apertiſſimè Vlpianus requirit pręſentiā rei ad hoc vt ficta traditio interueniſſe exiſtimetur? Alioquin, quid obſtaret, rogo, quo-

quominùs etiam per epiſtolam ſe quis conſtitueret alieno nomine poſſidere, ſi ea res ex ſolo conſtituẽtis animo penderet? Et verò ſolent interpretes noſtri eam legem intelligere de donatrice muliere quę conſtituerit ſe poſſidere nomine donatarij: Neque tamen negare poſſunt quin pręſentia rei exigatur vt poſſeſſio in donatarium tranſlata intelligatur, niſi cùm aliqua fundi donati conductio interceſſit. Sed tamen hinc quoque noui erroris materiam & occaſionẽ iidem ſumunt, interpretes exiſtimantes ſolam rei pręſentiã pro traditione ſufficere, idq; probari *ex d. l. quadã mulier.* Quod quàm falſũ & ab Vlpiani ſententia nõ minùs quàm à iuris ratione alienũ ſit, diſpiciendum eſt.

ERROR NONVS.

De præſentia rei pro traditione, Ad l. 1. §. ſi iuſſerim & l. quod meo 18. §. ſi venditorem D. de acq. poſſ.

NOn habet Andræas Tiraquellus in eo quem ſuprà citauimus loco *part. 2. De iur. conſtit. poſſ. ampl. 3.* rationem meliorem at neq; aliam vllam qua probet, Transferri poſſeſſionem per clauſulam conſtituti etiamſi res præſens non ſit, Quàm quòd ſola rei præſentia interueniens in contractu poſſit ſufficere ad transferẽdam poſſeſſionem, & haberi pro traditione, tametſi clauſula conſtituti nulla interueniat cuius proinde adiectio ſemper eo caſu inutilis, & ſuperuacua inueniretur. Itaq; duos ille modos eſſe ait, trãsferendę poſſeſſionis ſine traditione, Pręſentiam rei abſque conſtituto, Et Clauſulã conſtituti ſine præſentia rei. Id verò ita eſſe vt ſola rei præſentia etiam ſine conſtituto pro traditione eſſe poſſit & debeat, rectè probari putat ex aliquibus iuris locis, maximè verò *ex l. 1. §. ſi iuſſerim. & l. quod meo 18. §. ſi venditorem D. de acquir. poſſ. l. quadam mulier 77. D. de rei vindic.* De quibus ſingulis nunc videamus, vt ex vera omnium interpretatione appareat nullum iuris locum, nullamq; rationem opinioni hac de re noſtræ repugnare. In *d. l. 1. §. ſi iuſſerim.* Paulus ſcribit, Si iuſſerim venditorem meum procuratori meo rem tradere quam emi, cùm ea in præſentia ſit, videri eam mihi traditam, idémque eſſe ſi nummos debitorem meum iuſſerim alij dare. Non eſt enim corpore, inquit, & tactu (quomodo legendum eſſe iam ſuprà monuimus) neceſſe adprehendere poſſeſſionem, ſed etiam oculis & adfectu. An ergo ſolam rei præſentiam ſufficere vult Paulus vt res mihi tradita videatur? Imò verò exigit prætereà, vt iuſſerim te qui rem illam mihi vendideras, eam tradere meo procuratori, cùm tu eam tradere mihi velles. Amplius dico, illud etiã exigẽdum eſſe, vt res verè tradita ſit meo procuratori, nec ſufficere vt iuſſerim te illam tradere, vtq; animum tradẽdi habeas etiã in re præſenti. Nec enim ſola illa tradendi voluntas ex parte tua poſſet ſufficere vt deſineres poſſidere, multò minùs verò vt me faceres poſſeſſorẽ. Iſq; haud dubiè ſenſus eſt eorũ verborum, *ſi iuſſerim venditorem procuratori rem tradere*; acſi ſcriptum eſſet *ſi iuſſu meo venditor procuratori rem tradiderit* quia ſolus tradendi iuſſus etiã in re præſenti pro traditione eſſe non poteſt ſi factum nullum interuenia t ex parte illius à quo traditionem fieri oportet. Nihilne ergo, inquies

iuſſus ille proderit? Nihílne præſentia rei? Nam etſi neque iuſſus vllus, neque præſentia rei interueniret, æquè tamen mihi traditum videretur quòd procuratori meo traditum eſſet, cùm vtilitatis causâ receptum ſit vt etiam per procuratorem poſſeſſio acquiratur *d.l.1.§.per procuratorem l.1.C.per quas perſ. nob.acquir.l.per procuratorem* 8.*C. de acquir. poſſ.* Reſpondeo non illud Paulum dicere *in d.§.ſi iuſſerim*, Poſſeſſionem mihi acquiſitam videri quæ procuratori meo tradita ſit, quod minorem certè haberet dubitationem. *ſed videri rem mihi traditam*, inter quas loquendi formulas multùm intereſt. Nã cùm res procuratori meo ſic traditur vt ei magis quàm mihi tradita videatur, id eſt vt non niſi per mediam eius perſonam tranſlatio poſſeſſionis in me facta videri poſſit, adhibenda diſtinctio eſt, qua mente procurator nactus ſit poſſeſſionem, an ea mente vt operam duntaxat ſuam mihi accommodaret, an potiùs vt ſuo nomine poſſeſſionem nanciſceretur. Hoc ſiquidem poſteriore caſu certum eſt non acquiri nobis poſſeſſionem per procuratorem, ſed ita demum ſi eam accipiat noſtro nomine vt diſertè ſcribit Paulus *in d.§.per procuratorem*, qui eum de cuius ſententia tractamus immediatè præcedit. At cùm poſſeſſio ſic procuratori meo tradita eſt vt mihi magis quàm procuratori meo tradita videatur, non diſtinguimus qua mente procurator meus poſſeſſionem acceperit, & meóne nomine an ſuo, quia mihi omnimodo quęſita intelligitur, nec tam quaſi per meum procuratorẽ, quàm quaſi per me ipſum. Id verò euenit, cùm iuſſu meo res quæ in præſentia mea erat tradita fuit meo procuratori, quam idcirco ait Paulus mihi traditam videri, ſubiecta ea ſententia ſtatim poſt *d.§.per procuratorem*, vt oſtenderet nõ poſſe in hac ſpecie locum eſſe diſtinctioni quæ ponitur in *§*.præcedẽte. Requirit autem iuſſum meum, vt procurator meus conſtituatur is cui res tradetur: quia non quiſquis meo nomine poſſeſſionem accipit eam mihi acquirit, ſed is demum qui accipit tanquam procurator meus: adeò vt nec ſi meus procurator ſua ſponte rem aliquam emerit, mihi tamen priùs acquirat poſſeſſionem, quàm ratam emptionem habuero *l.communis* 42.§.1. *D.eo. tit.de acquir.poſſ.* Requirit etiam rei præſentiam, non vt poſſeſſio mihi acquiratur quaſi re mihi tradita ſi eam procurator meus nomine meo acceperit, (idẽ enim iuris eſſet etiamſi me abſẽte traditio procuratori meo facta proponeretur) Sed vt etiamſi procurator meus ſuo non meo nomine rem accipere maluerit, perinde tamen acquiratur mihi poſſeſſio acſi tradita mihi res eſſet. Cæterùm non poteſt rei præſentia facere quin traditio neceſſaria ſit ad poſſeſſionem transferendam: nec paruus effectus eſt præſentiæ rei vt poſſeſſionis acquiſitionem in mea perſona certam faciat, quæ alioquin ex procuratoris mei animo & voluntate penderet. Hoc verò cur ita? niſi quia, vt lex ait, non eſt neceſſe corpore & tactu adprehendere poſſeſſionem, ſed ſufficit etiam oculis & adfectu. Alioqui non poſſet videri res mihi tradita, quam nõ ego adprehendiſſem corpore, ſed procurator tantùm meus, ſi non ſufficeret oculis adprehendiſſe: quæ ſi poſſet etiam tradi oculis, nihil ſanè prætereà requireretur. Sed cùm factum aliquod tradentis traditio exigat, nec poſſint oculi ſoli in eã rẽ ſufficere, illud ſaltẽ interuenire oportet, vt qui rem tradere vult, eã demõſtrãdo pręsẽtẽ dicat ſe tradere. Quo facto vtiq; habẽda eſt poſſeſſio pro tradita, ne aliter poſito iure fatendũ ſit nullá ſupereſſe rationẽ tradẽdi eas res, quę propter magnitudinẽ põderis tractari manibus, & moueri nõ poſſũt, vt colũnas, quas tamẽ pro traditis haberi cõſtat ſi cõtrahẽtes in re præſenti

Digitized by Google

præſenti conſenſerint, vt pro traditis habeantur: quomodo ſcriptum eſt *in d. §. ſi iuſſerim.* Idémque probatur etiam ex *d. l. quod meo 18. §. ſi venditorem eod.* vbi Celſus ſcribit, Si venditorem id quod emerim deponere in mea domo iuſſerim, certum eſſe me poſſidere, quamquam id nemo dum attigerit, hoc eſt neque ego, neque alius meo nomine, Aut ſi mihi fundum vicinum mercato venditor in mea turre demonſtret vacuámque ſe poſſeſſionem tradere dicat: Non minùs enim poſſidere cœpi, inquit, quàm ſi pedem finibus intuliſſem. Cui non diſſimiliter Iauolenus *in l. pecuniam 79. D. de ſolut.* ait, ſi pecuniam quam mihi debes aut aliam rem in conſpectu meo ponere te iubeam, effici vt & tu ſtatim libereris, & res illa vel pecunia mea eſſe incipiat. Nã tùm quòd à nullo corporaliter eius rei poſſeſſio detineretur, acquiſitam eam mihi & quodammodo longa manu traditam exiſtimandam eſſe. Quæ ratio oſtendit eum gerendæ rei ordinem eſſe debere, vt priùs deſinat poſſidere is qui anteà poſſidebat, nec aliter poſſeſſionem longa manu in alium transferre poſſit, quàm ſi ponat rem in conſpectu, quæ poſitio quid aliud, quàm veluti quædam traditio eſt? Nam & depoſitum quod non niſi re ac traditione perficitur à poſitione ob eam cauſam dictum volunt, *l. 1. D. depoſit.* & poſſeſſionem quoque ipſam à pedum poſitione *d. l. 1. in princip. D. de acquir. poſſ.* Obſeruandum tamen eſt inter eos caſus, quos Celſus tractat *in d. §. ſi venditorem*, permultùm intereſſe. Nam in priore, id eſt, cùm venditorẽ id quod emerim iuſſi deponere in domo mea, minorem dubitationẽ res habet, quin poſſeſſio tranſlata ſit per depoſitionẽ illam quę vt dixi nihil niſi traditio eſt. Quid enim referre poteſt an in manibus meis, anverò in mea domo res iuſſu meo deponatur? Sed in poſteriore in quo nulla traditio alia interuenit niſi quòd venditor dicit ſe tradere difficilius eſt, vt nudo verbo traditio facta eſſe videatur. Et ſanè ita eſt, non poſſunt verba ſufficere ad traditionem, vt neque vbi aliàs facto opus eſt: ſed accedente ad verba rei præſentia, mirum nõ eſt traditionem re ipſa factam videri ei qui oculis quoque nõ minùs quàm manibus poſſeſſionem adprehendere potuit, & hoc ipſo quòd conſenſit dicenti ſe tradere rem oculis ſubiectam, adprehendiſſe illam intelligitur. Maximè verò eo etiã concurrente, vt in mea turre mecũ ſit is qui vicinũ fundũ quem ab eo emi demonſtrat mihi. Nam ſi in alieno fundo eſſem & in aliena turre, difficilius eſſet vt fundus mihi traditus videretur etiam quẽ inde venditor indicaſſet, adeò verum eſt quod volumus, ſolam rei præſentiam quę in contractu interuenerit, ſi aliud nihil accedat, pro traditione haberi nõ poſſe.

ERROR DECIMVS.

De ſententia l. quadam mulier 77. D. de rei vindic. Et de differentia venditionis & donationis. Ad l. abſenti 10. l. ex hac ſcriptura 16. D. de donat.

ILLA obiectio difficilior eſt, quam fieri poſſe diximus *ex l. quadam mulier 77. D. de rei vindic.* in cuius poſteriore parte nihil aliud exigere videtur Vlpianus ad inducendam fictionem traditæ poſſeſſionis, quàm vt mulier quæ per epiſtolam agrum donabat in eo agro tùm eſſet, cùm epiſtola emitteretur. Vnde & Bartolus noſter ad illum locum infert, quòd quando contractus venditio-

Digitized by Google

nis ſit in ipſo fundo præſumitur tradita poſſeſſio. Sed reſpondendũ eſt quod nec Bartolus, nec alius fortè quiſquam adhuc vidit de donatione loqui eo loco Vlpianum non de venditione: plurimùm verò hac parte inter venditionem & donationem intereſſe: Donatio enim nõ nudo conſenſu fiebat olim, vt venditio, ſed altero tantùm ex duobus modis, aut ſtipulatione, aut traditione *l. Papinianus* 23. vbi not. *D. de don. int. vir. & vxor.* Atqui ſtipulationẽ certum erit fieri non poſſe per epiſtolam vt nec alio vllo modo inter abſentes *l. 1. D. de verb. oblig.* Ergo quoties in Pandectis legimus factam donationem per epiſtolam ponendum eſt factam eſſe per traditionem. Et ſanè ita eſt. Nam abſenti ſiue mittas qui ferat, ſiue quod ipſe habeat ſibi habere illũ iubeas donari rectè poteſt *l. abſenti* 10. *D. de donat.* vbi addit Paulus, ſi donatarius neſciat rem quæ apud ſe eſt, ſibi donatam eſſe, vel miſſam ſibi non acceperit donatæ rei dominum eum non fieri, etiamſi per ſeruum eius cui donabatur miſſa fuerit, niſi ea mente ſeruo eius data fuerit vt ſtatim eius fiat. Ex quo apparet, eum qui per epiſtolam dicit ſe donare perinde habendum acſi diceret ſe rem tradere, Ideóque minùs eſſe mirandum ſi ex eiuſmodi epiſtola traditio facta eſſe intelligatur, dummodò in eo ipſo agro fuerit donator tùm cùm epiſtolam conſcribebat. Hoc enim omnimodo exigitur vt ficta traditio reſpõdeat veræ, quia rei abſentis vera traditio fieri nullo modo poſſet, nec igitur ficta, ſecundùm ea quæ in ſuperioribus diſputauimus. In venditione non idem iuris eſt, quia cùm venditio ſolo conſenſu perficiatur, non qui dicit ſe vendere hoc etiam dicere intelligitur, quòd rem tradat: cùm is qui vendidit hoc ipſo ſit obligatus ad tradendum *l. 1. l. 3. l. ex empto* 11. *& paſſ. D. de action. empt. l. ſi traditio* 4. *C. eod.* Itaque quamuis vendat in præſentia, & conſpectu rei, non idcircotamen tradere rem intelligitur, multò minùs verò ſine traditione poſſeſſionem transferre. Proinde quod de donatione rei præſentis facta per epiſtolam ſcriptum eſt *in d. l. quadam mulier*, non poteſt nec debet ad venditionem produci. Nec ſanè poteſt Bartolus negare quin non ſatis bona ſit in omnibus comparatio donationis & venditionis. Ait enim Vlpiani ſententiam planè ac ſine dubio procedere in donatione, at nõ æquè in venditione niſi cum diſtinctione illa ſi ſolutum ſit precium. *ex l. quod vendidi* 19. *D. de contr. empt.* In quo tamen rurſum fallitur. Nam diſtinctio illa, vtrum venditionis precium ſolutum ſit, necne ad eam quæſtionem pertinet quæ ſit de tranſlatione dominij, non ad eam, quæ de tranſlatione poſſeſſionis, cùm ad poſſeſſionis tranſlationem ſola ſufficiat traditio, nec quemadmodum ferè ſemper dominium cum poſſeſſione & per poſſeſſionem transfertur, ita è contrario neceſſe ſit transferri dominium ad transferendam poſſeſſionem. Pone igitur venditam rem traditã fuiſſe emptori, priùs tamen quàm vel ſolutum eſſet ab emptore precium, vel fides habita de precio à venditore. Erit haud dubiè tranſlata poſſeſſio in emptorem, at non etiam dominiũ *§. venditæ inſt. de rer. diuiſ.* iunct. *d. l. quod vendidi & l. vt res* 53. *eod. tit. de contr. empt.* Difficilius enim eſt vt ex venditione transferatur dominiũ, quàm poſſeſſio, ídque ex lege ipſa duodecim tabularum factum eſt vt Iuſtinianus refert *in d. §. vendita.* At ex cauſa donationis quæ per traditionem facta ſit, tam facilis eſt tranſlatio dominij quàm poſſeſſionis: Adeò vt etiam ex hac ſcriptura, *ſciant heredes mei me veſtem vniuerſam ac res cæteras quaſcunque in diem mortis meæ mecum habui, illi & illi libertis meis viuam donaſſe*, dominium ad libertos benigna interpretatione pertinere Vlpianus reſponderit *in l. ex hac*

ſcriptura

Digitized by Google

*ſcriptura 16.D.de donat.*Cur verò benigna interpretatione?Quia nõ per verbum præſentis temporis donatio facta proponebatur, quomodo fieri eam oportet *l. Aquilius Regulus 27.l.Lucius 32.eod.d.l.quadam mulier.*Sed per verba enunciatiua tantùm factæ iam donationis, cuiuſmodi verborum maior poteſtas eſſe ſolet ad probandum contractum quàm ad contrahendum,præſertim cùm talis contractus eſt,quem re ac traditione perfici oporteat *l. Publia 26.§.vlt. D.depoſit.*Cùm igitur hodie poſt Iuſtiniani conſtitutionem in *l. ſiquis argentum 35. §.vlt.C.de donat.*donatio nudo conſenſu perficiatur ſicut & venditio,adeóque quod magis eſt nudo pacto,quinetiam nuda pollicitatione,dubitari eleganter poteſt,An quod ſcriptum eſt *in d.l.quadam mulier.* videri traditum fundum qui per epiſtolam donatus fuit ſi donator in eo fundo erat,cùm epiſtola emitteretur, perinde locũ hodie habeat,ſicut habebat olim,An potiùs dicendum ſit non magis hodie in donatione id verum eſſe, quàm olim fuerit in venditione:Sed cùm Iuſtiniani mens illa fuerit,vt donationum ius augeret non vt reſtringeret,abſurdum,credo, fuerit,& contra ipſius voluntatem vt donatarius ob id minùs hodie iuris habeat, quàm habuerat olim in ſpecie *d.l.quadam mulier.*Nam & traditione non minùs hodie quàm olim fieri poteſt donatio,licèt poſſit fieri etiam citra vllam traditionem. Proinde qui dicit ſe donare ſi rem præſentem habeat quam poſſit vel præſenti tradere,vel mittere abſenti,quidni etiam hoc ipſo tradere credendus erit?Atqui rem præſentem habet,qui eſt in agro donato, cùm epiſtolam donationis emittit.Hoc ipſo igitur credendus eſt agrum tradere per traditionem epiſtolæ quæ mittitur abſenti,vt ſit epiſtola ſymbolum quoddam traditionis fundi,perinde acſi præſenti glebula terræ traderetur: cùm non niſi hoc modo conferri donatio per traditionem in abſentẽ poſſit *d.l. abſenti 10.D.de donat.*ita ſcilicet vt non habeat tamen donator animũ priùs amittendæ poſſeſſionis quàm donatarius certior factus fuerit arg.*l.qui abſenti 38.D.de acquir.poſſ.*

Gloria tota Deo,qui hæc nobis ocia fecit.

FINIS TERTIAE PARTIS.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google